

KVALIFIKASJONSPRINSIPPET VED TILSETTINGER I OFFENTLIGE STILLINGER

Kandidatnummer: 652

Leveringsfrist 25. november 2007

Til sammen 16722 ord

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	s. 6
1.1 Innføring i oppgavens tema	s. 6
1.2 Kort om kvalifikasjonsprinsippets formål	s. 8
1.3 Problemstilling	s. 8
1.4 Definisjoner og avgrensninger	s. 9
2. KORT OM FORHOLDET TIL FORMELL LOV OG REGELVERK	s. 12
2.1 Innledende bemerkninger	s. 12
2.2 Generelle lovregler	s. 13
2.3 Spesielle lovregler	s. 14
2.4 Lovfestede unntak fra kvalifikasjonsprinsippet	s. 14
3. KVALIFIKASJONSPRINSIPPETS INNHOLD OG ANVENDELSESOMRÅDE	s. 17
3.1 Kvalifikasjonsprinsippet generelle innhold	s. 17
3.2 Kvalifikasjonsprinsippets anvendelsesområde	s. 20
3.3 Kvalifikasjonsprinsippet reelle innhold	s. 22
3.3.1 Faglige egenskaper	s. 23
3.3.2 Personlige egenskaper	s. 27

3.3.2.1 Personlige egenskapers vekt i kvalifikasjonsvurderingen.....s.	30
3.3.2.2 Arbeidsgivers adgang til å spørre om sykefravær.....s.	32
3.3.2.3 Betydningen av annet fravær.....s.	33
3.3.2.4 Betydningen av tidligere livsførsel.....s.	35
3.3.2.5 Forhold utenfor søkeren.....s.	37
3.4 Kvalifikasjonsprinsippets forhold til utlysningsteksten.....s.	38
3.5 Oppsummering.....s.	41

4. ANDRE SAKLIGE FORHOLD VED TILSETTING.....s. 42

4.1 Innledning.....s.	42
4.2 Velferdsmessige hensyn.....s.	43
4.2.1 Søkers sosiale situasjon.....s.	43
4.2.2 Funksjonshemming.....s.	43
4.2.3 Søkers økonomiske situasjon.....s.	44
4.3 Sysselsettingshensyn.....s.	45
4.4 Arbeidsgivers interesser.....s.	46
4.4.1 Kontinuitet.....s.	46
4.4.1.1 Alderens betydning.....s.	46
4.4.1.2 Konstituert eller vikar i stillingen.....s.	47
4.4.1.3 Kommunetilhørighet.....s.	47
4.4.2 Lokal sysselsettingspolitikk.....s.	48
4.4.3 Personalhensyn.....s.	48
4.4.4 Overkvalifiserte søkere.....s.	49
4.4.5 Tiltredelsestidspunkt.....s.	50
4.5 Har arbeidsgiver undersøkelsesplikt?.....s.	51
4.6 Oppsummering.....s.	52

5. ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER AV

BRUDD PÅ KVALIFIKASJONSPRINSIPPET.....s. 53

5.1 Omgjøring hjemlet i alminnelige forvaltningsrettslige regler.....s. 54

5.2 Ugyldige vedtak.....s. 55

5.2.1 De to kumulative vilkår.....s. 55

5.2.2 Følgene av et ugyldig vedtak.....s. 56

5.3 Erstatning for økonomisk tap.....s. 56

5.3.1 Økonomisk tap.....s. 57

5.3.2 Ansvarsgrunnlag.....s. 57

5.3.3 Årsakssammenheng.....s. 58

6. DOMSTOLSBEHANDLING.....s. 60

6.1 Innledende bemerkninger.....s. 60

6.2 Det offentlige passive søksmålskompetanse.....s. 60

6.3 Følgene av en ugyldighetsdom.....s. 61

6.3.1 De rettslige følgene av sak der
bare forvaltningen er saksøkt.....s. 61

6.3.2 De rettslige følgene der både forvaltningen
og den tilsatte er saksøkt.....s. 62

7. LITTERATURLISTE.....s. 64

7.1 Bøker.....s. 64

7.2 Artikler.....s. 65

7.3 Internett.....s. 66

7.4 Tidligere hoved- og masteroppgaver.....	s. 66
7.5 Lover.....	s. 66
7.6 Forarbeider.....	s. 68
7.7 Forskrifter, avtaler og reglement.....	s. 68
7.8 Høyesterettspraksis.....	s. 69
7.9 Annen norsk rettspraksis.....	s. 69
7.10 Sivilombudsmannens uttalelser.....	s. 70
7.11 Andre uttalelser.....	s. 70

1. Innledning

1.1 Innføring i oppgavens tema

Årsgjennomsnittet for 2006 viser at det i Norge var 2 354 000 mennesker sysselsatt totalt sett på landsbasis. 750 000 av disse jobbet i offentlig sektor.¹ Ikke alle disse vil nødvendigvis være omfattet av kvalifikasjonsprinsippet. Jeg kommer tilbake til min definisjon av "offentlig forvaltning" senere.² Disse utgjør uansett en vesentlig del av den sysselsatte arbeidsstyrken. Dette betyr at ansettelsesvedtakene som blir tatt i det offentlige har betydning for mange mennesker. Et vedtak om ansettelse, eller tilsetningsvedtak som det heter ved offentlige forhold, har betydning for en persons fremtidige arbeidssituasjon. Dette fører til at et slikt vedtak får direkte virkning for en persons yrkestittel, lønn, arbeidsområde, og vil i enkelte tilfeller også få en indirekte virkning for valg av bosted.³

Konsekvensene av et slikt vedtak kan selvfølgelig variere fra situasjon til situasjon, men de kommer klarere frem på geografiske steder der det ikke er mange jobbmuligheter å velge mellom. På enkelte mindre tettsteder er kanskje det offentlige den eneste reelle arbeidsplassen for enkelte. Men en trenger ikke å være

¹ Statistisk sentralbyrå, internett: <http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/tab-2007-02-07-08.html>

² Se punkt 1.4 (om offentlige tjenestemenn)

³ Urdal Johnsen, "Kvalifikasjonsprinsippet ved offentlige ansettelser", (Oslo 2006) s. 2

bosatt desentralisert for å ikke ha så mange valgmuligheter. Arbeidssøkere som har en utdannelse som er veldig spesialisert kan ha et ganske snevert utvalg, også i de store byene. I tillegg er politi- og påtalemyndighet begrenset til det offentlige. Det samme gjelder stillinger i forsvaret. Er man teolog og vil bli prest i statskirken er det også offentlig. Også helsevesenet er i all vesentlighet offentlig, selv om det her i de senere år er åpnet for en viss grad av privatisering. Skolevesenet er i samme posisjon; det meste er offentlig, med noen spredte innslag av privatskoler og institusjoner.

Det kreves derfor at de tilsettingene som blir vedtatt i størst mulig grad er riktige og at de bygger på objektivitet i forhold til hvilke kvalifikasjoner de aktuelle arbeidssøkerne har. Det er av denne grunn at kvalifikasjonsprinsippet er oppstått. Det går kort fortalt ut på at man skal ansette den beste søkeren til den riktige jobben, slik at man får mest mulig kompetanse til de ulike stillingene i det offentlige.⁴ Forvaltningens praksis og saksbehandling blir i dag i hovedsak regulert av forvaltningsloven⁵, offentlighetsloven⁶ og de forvaltningsrettslige grunnprinsipper. Kvalifikasjonsprinsippet er et slikt forvaltningsrettslig grunnprinsipp som i vesentlig grad er ulovfestet.

Allerede i forarbeidene⁷ til den første tjenestemannsloven av 1918⁸ ble kvalifikasjonsprinsippet først foreslått lovfestet. Her ble det foreslått denne ordlyden:

"aspiranternes kvalifikationer blir grundlaget for enhver ansættelse i offentlig tjeneste".

Dette ble imidlertid utelatt i den endelige ordlyden. Dette betyr dog ikke at selve kvalifikasjonsprinsippet ble satt til side. Både rettspraksis, forvaltningspraksis, juridisk teori og etter hvert Sivilombudsmannen la et slikt prinsipp til grunn for sin praksis og saksbehandling. Som vi skal se senere i oppgaven har fragmenter av kvalifikasjonsprinsippet i dag blitt lovfestet i flere lover, og en endelig lovfesting er foreslått. Også en del begrensinger for visse arbeidsgrupper har blitt lovfestet.

⁴ Jfr. Engelsrud, "Styring og vern", Oslo 1999, side 64-65

⁵ LOV-1967-02-10

⁶ LOV-1970-06-22-08

⁷ Ot.prp. nr. 38 (1915) side 33

⁸ LOV-1918-02-18

Kvalifikasjonsprinsippet gjelder i utgangspunktet kun for statlige, fylkeskommunale og kommunale ansettelser. Hvorvidt det også finnes et slikt saklighetsprinsipp i det private næringsliv, vil heller bero på at arbeidsgiver ønsker rett person til rett stilling på bakgrunn av at man ønsker mest mulig kompetanse der det trengs. Altså ikke på grunnlag av at man er bundet av et ulovfestet prinsipp. Man legger således i det offentlige større vekt på hensynene til fellesskapets interesser, mens man i det private næringsliv ikke føler seg bundet av disse hensynene i like stor grad.

1.2 Kort om kvalifikasjonsprinsippets formål

Formålene med kvalifikasjonsprinsippet er flere. Det viktigste hensynet bak prinsippet er å sikre at forvaltningen har best mulig kompetanse til de aktuelle arbeidsoppgavene. Dette bygger videre på at forvaltningens avgjørelser med virkning for befolkningen, skal være forankret i god faglig innsikt og på et godt faglig grunnlag. Videre er hensynet til likebehandling viktig. Søkere med lik kvalifikasjon skal ha lik sjanse til å kunne få stillingen. Dette for å skape forutsigbarhet og å gi en tillit til systemet fra arbeidssøkernes side. Videre er prinsippet også viktig for samfunnets tillit til det offentlige. Både ansettelsesprosessen og avgjørelsene og beslutningene som det offentlige foretar er med på å bestemme hva slags inntrykk som blir gitt. Hvis begge prosesser er på et høyt nivå gir dette grobunn for at samfunnet ellers får tillit til systemet. Dermed kan man, etter min mening, si at kvalifikasjonsprinsippet er viktig for alle tre grupper, både det offentlige selv, arbeidssøkerne og for samfunnet generelt.

1.3 Problemstilling

Jeg kommer i denne oppgaven til å konsentrere meg om hvilket innhold kvalifikasjonsprinsippet har. I tillegg vil jeg se på hvilke andre forhold en arbeidsgiver i det offentlige kan eller ikke kan ta hensyn til under en tilsettingsprosess. Jeg vil nærmere bestemt se på hvilke måter forvaltningen blir bundet av kvalifikasjonsprinsippets innhold. Jeg vil videre se på hvilke konsekvenser brudd på kvalifikasjonsprinsippet kan medføre. Det er imidlertid kvalifikasjonsprinsippets innhold og anvendelsesområde, og hvilke andre forhold det kan være saklig å ta med i en tilsettingsavgjørelse som er

hovedproblemstillingene i oppgaven. Hvilke bestemmelser knyttet til kvalifikasjonsprinsippet som er nedfelt i lovs form, og hva som er konsekvenser for brudd på kvalifikasjonsprinsippet blir derfor behandlet mindre inngående. Det samme gjelder kapitlet om domstolsbehandling.

1.4 Definisjoner og avgrensninger

Sivilombudsmannen er den instansen som kanskje flest ganger har uttalt seg om kvalifikasjonsprinsippet. Det har ved flere anledninger definert slik:

*"Grunnprinsippet ved tilsetninger i offentlig forvaltning er det såkalte kvalifikasjonsprinsippet. Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysingsteksten, i tillegg til eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet. Kvalifikasjonsprinsippet gjelder som et ulovfestet prinsipp for tilsetning i det offentlige generelt, både statlig, kommunal og fylkeskommunal forvaltning. ..."*⁹

Definisjonen gir likevel rom for en rekke drøftinger, for eksempel hvor mye vekt skal det legges på utdanning i forhold til praksis og så videre. Dette kommer jeg tilbake til senere.¹⁰

Begrepene "ansettelse" og "tilsetning" beskriver den samme handlingen. Det vanlige er kanskje å si at man ansetter noen, men i det offentlige heter det å tilsette noen¹¹. Disse begrepene blir brukt overlappende i denne fremstillingen, og har ingen betydningsforskjell.

Når jeg anvender begrepene "offentlig virksomhet" og "den offentlige sektor" mener jeg dette i vid forstand. Det vil si all virksomhet som det offentlige står for, men som ikke nødvendigvis kvalifikasjonsprinsippet vil gjelde for. Når jeg bruker begreper som "forvaltningen" eller "den offentlige forvaltning" vil betydningen være begrenset

⁹ For eksempel SOMB-2005-05 side 22

¹⁰ Se kapittel 3

¹¹ Engelsrud: "Styring og vern" Oslo 2006 s. 49

til den delen av forvaltningen der kvalifikasjonsprinsippet får anvendelse.¹² Her fordrer en definisjon av hvor grensene går i forhold til dette.

Det første en da må se på er begrepet "offentlige tjenestemann". Her legger jeg tjenestemannsloven (tjml.)¹³ til grunn for definisjonen av hva en offentlig tjenestemann er. I denne lovens § 1 (2), andre ledd, kommer det frem at en tjenestemann er "... enhver arbeidstaker i statens tjeneste som ikke er embetsmann". En embetsmann er etter samme lovs § 1 (2), 1. ledd, den som er "utnevnt av Kongen og gitt bestalling som embetsmann, eller den som er konstituert av Kongen i embete". Selv om det i § 1 står "... i statens tjeneste ..." velger jeg i tillegg å trekke inn forvaltningslovens¹⁴ § 2 (d), slik at også ansatte i ikke bare statlig, men også fylkeskommunal og kommunal forvaltning vil bli medregnet.

Dermed kan man definere hva som menes med oppgavens tittel, "offentlige stillinger". Tjml. § 1 (1) definerer de i offentlig tjeneste som alle arbeidstakere som er ansatt i statens tjeneste. Her må man se nærmere på hva som menes med "statens tjeneste". Grensene for hvilke ansatte dette vil gjelde for vil endre seg etter som statens oppgaver forandrer seg hele tiden. Dette er i stor grad et resultat av politiske vurderinger, slik som å privatisere tidligere statlige oppgaver. I tillegg har det vært en tendens til å omgjøre statlige bedrifter til egne rettssubjekter. Dette vil i stor grad variere fra hvilke politiske partier som sitter i regjering og av sammensetningen av representanter på Stortinget.

Med utgangspunkt i dette kan man skissere en todeling av den offentlige virksomheten; Man har for det første de rene forvaltningsorganene og de rene forvaltningsbedriftene. Disse vil klart falle inn under definisjonen offentlige stillinger. De som jobber i de statseide selskapene, slik som statsaksjeselskaper¹⁵, særlovsselskaper¹⁶ og statsforetak¹⁷ jobber også i offentlig sektor, men selv om disse selskapene er statseide, gjelder ikke tjenestemannsloven for disse, og derfor holder jeg de utenfor også min definisjon av offentlige stillinger¹⁸. Her vil således

¹² For definisjon av dette, se punkt 3.2

¹³ LOV-1983-03-04-03

¹⁴ LOV-1967-02-10

¹⁵ Jfr. LOV-1997-06-13-44 kap. 20 (II)

¹⁶ Slik som for eksempel NSB og Posten, og slike som staten nå er på gli når det gjelder universiteter og høyskoler

¹⁷ Jfr. LOV-1991-08-30-71

¹⁸ Jfr. Bjørnaraa m. fl.: Norsk tjenestemannsrett (Oslo 2002) s.90

alle interkommunale, fylkeskommunale og kommunale bedrifter, som regnes som egne rettssubjekter, også falle utenfor min definisjon.

I tillegg vil medlemmer av nemnder, råd, styrer og utvalg, samt tillitsmenn falle utenfor min definisjon av begrepet.

2. Kort om forholdet til formell lov og regelverk

2.1 Innledende bemerkninger

Kvalifikasjonsprinsippet er i stor grad et ulovfestet prinsipp.¹⁹ Det har eksistert lenge, og det har etter hvert fått innpass i en del formell lovgivning også. Dette kan synes å være unødvendig da kvalifikasjonsprinsippet har formell lovs rang. Men det er imidlertid ikke selve kvalifikasjonsprinsippet som er kommet frem i lovgivningen, men fragmenter av det, som vi skal se nedenfor.

Det som kommer klart frem enkelte steder er at lovgiver ønsker å sette skranker for eller presisere kvalifikasjonsprinsippet's anvendelsesområde, og således lede til at prinsippet får en annen betydning enn ellers. Det faktum at lovgiver av og til setter skranker for prinsippet's betydning, og ikke bare setter det til side, er et resultat av at kvalifikasjonsprinsippet har formell lovs rang. Ulovfestede prinsipper av formell lovs rang må endres eller utelukkes i lovs form eller gjennom forskrifter med hjemmel i formell lov.²⁰

Den kommende oversikten over lovregler der kvalifikasjonsprinsippet kan sies å være berørt er ikke uttømmende, og er kun ment som et utvalg for å få en oversikt over hvordan det blir påvirket. Dette gjelder både for de generelle og spesielle lovreglene, og for de ulovfestede unntakene i punkt 2.4.

¹⁹ Se punkt 1.1 ovenfor

²⁰ Jfr. Ot. prp. Nr. 67 (2004-2005), punkt 7, 2. avsnitt

2.2 Generelle lovregler

Det er enkelte områder som i særlig grad er blitt innlemmet i lovs form, og blant disse kan diskriminering nevnes som den viktigste. Arbeidsmiljøloven (aml.)²¹ kapittel 13 fremsetter et vern mot diskriminering. Det fremgår av aml. § 13-1 (1) at

”... Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder er forbudt.”

Samme lovs § 13-2 (1) (a) presiserer at dette også gjelder for ansettelse. Dette setter en skranke for hvilket grunnlag forvaltningen kan legge vekt på ved tilsetningsvedtaket. Hvis det foreligger to søkere med ellers like gode kvalifikasjoner, skal altså ikke noen av de nevnte momentene kunne brukes i vurderingen. Hvorvidt dette er helt absolutt skal vi se nærmere på senere.²² Det vi ser her er at ordet ”diskriminering” er kommet inn i stedet for ”forskjellsbehandling”, som ble brukt i den gamle arbeidsmiljøloven.²³ Det er nettopp dette som er et av kvalifikasjonsprinsippets formål; å hindre forskjellsbehandling. Det faktum at ordet ”forskjellsbehandling” er byttet ut i den gjeldende arbeidsmiljøloven, har imidlertid ingen betydning for definisjonen av begrepet.²⁴

Disse reglene gjelder ikke bare for permanente og fulltidsansatte, men også for de som er ansatt i deltidstillinger og i midlertidige stillinger. Dette følger av aml. § 13-1 (3). Dette er også presisert i KS` Hovedtariffavtale (Hta.) for 2006-2008.²⁵

Aml. § 13-1 (4 og 5) viser til at likestillingsloven²⁶ og diskrimineringsloven²⁷ regulerer de ulike diskrimineringstilfellene, noe vi skal se et eksempel nedenfor.²⁸

²¹ LOV-2005-06-17-62

²² Se kapittel 4 nedenfor

²³ LOV-1977-02-04-04 (opphevet)

²⁴ Jfr. Ot. prp. Nr. 49 (2004-2005)

²⁵ Se Hta. § 1, punkt 1.2

²⁶ LOV-1978-06-09-45

²⁷ LOV-2005-03-06-33

²⁸ Se punkt 2.4 nedenfor.

2.3 Spesielle lovregler

Den finnes en rekke spesielle lovbestemmelser som sier noe om hvilke krav som stilles til spesielle typer stillinger. For eksempel har politiloven²⁹ en bestemmelse om at alle som jobber i politiet blant andre vilkår må ha plettfriandel.³⁰ I tillegg har vi en lignende bestemmelse i domstolslovens (dl.)³¹ § 218 om at de som skal utføre rettshjelpsvirksomhet må ha bevilling som advokat.³² Det samme gjelder for hvem som kan bli dommer ved domstolene etter dl. §§ 52-54 jfr. Grl.³³ § 91. I samme lovs § 92 finner vi også bestemmelser rundt embetsmenn. I helsepersonelloven (hlspl.)³⁴ finner vi en rekke yrker innen helsevesenet som en trenger spesiell kompetanse til for å kunne arbeide i. Hlspl. §§ 48-51 stiller spesielle krav for å kunne utøve disse yrkene. Det finnes også flere bestemmelser, men jeg velger å ikke bygge ut videre på dette punktet.

2.4 Lovfestede unntak fra kvalifikasjonsprinsippet

Det er ikke sjelden at politikerne tar tak i spesielle problemstillinger når det gjelder arbeid. En av disse viktige problemstillingene i denne forbindelse, er kjønnskvotering av stillinger.

Hovedtariffavtalen har vært brukt til å begrense kvalifikasjonsprinsippet omfang, gjennom stadfesting av kjønnskvotering av stillinger. Hovedtariffavtalen åpner for en moderat kjønnskvotering for stillinger hvor en mannlig og en kvinnelig søker står på kvalifikasjonsmessig lik linje. I avtalens § 2, punkt 2.2 heter det:

*"Ved tilsetting og opprykk skal det i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen). Når søkere av begge kjønn står kvalifikasjonsmessig likt, foretrekkes kvinnelig søker når dette kjønn er underrepresentert."*³⁵

²⁹ LOV-1995-08-04-53

³⁰ § 18 (I tillegg kommer også at man må være norsk statsborger.)

³¹ LOV-1915-08-13-05

³² Jfr. dl. § 220

³³ LOV-1814-05-17

³⁴ LOV-1999-07-02-64

³⁵ Hta. § 2, punkt 2.2

Vi ser her at kravet for at denne bestemmelse skal kunne brukes, må søkeres kvalifikasjoner være på lik linje. Likestillingsloven³⁶ § 3a (1) åpner for en mer radikalt kjønnskvolterung så lenge dette fremmer likestilling mellom kjønne etter lovens formål. § 1 nevner særlig å forbedre kvinners stilling. Dette betyr at selv om den ene søkeren har dårligere kvalifikasjoner enn den andre, kan vedkommende få stillingen hvis dette er til gunst for en jevnere fordeling mellom kjønne i den aktuelle yrkesgruppen.

Samme lovs § 3a (2) åpner for forskrifter angående dette, og da spesielt nevnt særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn. Forskrift om særbehandling av menn³⁷ § 4 nevner her spesielt barnehager og barneparke, skolefritidsordninger (SFO), grunnskolen og barneverninstitusjoner. Denne bestemmelse får også større anvendelse hvis menn er underrepresentert ved den aktuelle institusjon eller skole/barnehage. Verdt å merke seg er at dette ikke, i følge forskriften, kan gjøres for å oppnå en bedre balanse mellom kjønne på arbeidsplassen, men for det beste for barna.³⁸

Universitetsloven³⁹ åpner også for en slik kvotering av stillinger gjennom § 6-3 (2) der en bestemt stillingstype er underrepresentert av et kjønn. Her er det verdt å merke seg at slike føringer kan sies å gå på tvers av kvalifikasjonsprinsippet formål. Her har likestillingsombudet uttalt følgende:

*"Etter Ombudets mening er kvotering og øremerking av stillinger et av de mest egnede virkemidlene for på sikt å utjevne kjønnskjevhetene ved universitetet. Disse kjønnskjevhetene har oppstått blant annet fordi universitetet gjennom sin uformelle ansettelsesnorm har gitt menn stillinger og posisjoner framfor like godt eller kanskje bedre kvalifiserte kvinner."*⁴⁰

Vi ser her at likestillingsombudet tar utgangspunkt i at kjønnskvolterung er en fin måte å rette opp skjevheter på, men kun i de tilfellene der de aktuelle søkerne faktisk har den beste kompetansen. Dermed kan man si at slike føringer ikke

³⁶ LOV-1978-06-09-45

³⁷ Fastsatt ved kgl res. 17. juli 1998 (BLD-1998-07-17-622)

³⁸ Se bl. a. Engelsrud, op. cit. s. 73

³⁹ LOV-2005-04-01-15

⁴⁰ Likestillingsombudet Sak nr. 2000/083

trenger å gå på tvers av kvalifikasjonsprinsippet, særlig på områder der nettopp slik forskjellsbehandling som Likestillingsombudet her tar fatt i, har foregått i lang tid.

3. Kvalifikasjonsprinsippets innhold og anvendelsesområde

3.1 Kvalifikasjonsprinsippets generelle innhold

Kvalifikasjonsprinsippet har blitt definert og utpenslet gjennom langvarig og relativt lik praksis hos domstolene, i forvaltningen, i juridisk teori og gjennom Sivilombudsmannens uttalelser. Det blir ved en rekke tilfeller begrenset eller presisert ved lov eller avtale, slik som vi har sett i kapittel 2. Det vi nå skal se på er hva som er kvalifikasjonsprinsippets innhold og dets anvendelsesområde. Veldig ofte er kvalifikasjonsprinsippet definert på følgende måte:

*"Grunnprinsippet ved tilsetninger i offentlig forvaltning er det såkalte kvalifikasjonsprinsippet. Siktemålet i en tilsettingssak skal normalt være å finne frem til den som etter en helhetsvurdering må anses best kvalifisert for den aktuelle stillingen. Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysingsteksten, i tillegg til eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet."*⁴¹

Sivilombudsmannen har jevnlig saker til behandling som gjelder tilsettingssaker i det offentlige, og da blir kvalifikasjonsprinsippet definert på nettopp denne måten.

⁴¹ For eksempel SOMB-2005-05 side 22

Det er kommet forslag om å lovfeste dette prinsippet i den nye tjenestemannsloven. Fornyings og administrasjonsdepartementet har i Ot. prp. nr 67 (2004-2005) foreslått at § 2 i den nye loven skal ha overskriften: "Kvalifikasjonsprinsippet" og lyde som følgende:

"I et ledig embete eller stilling skal den best kvalifiserte søker ansettes, med mindre noe annet er bestemt i lov eller forskrift."

Sivilombudsmannen foreslår i sin høringsuttalelse en presisering i forhold til den lovtekst som ble foreslått i høringsrapporten. Han mente det var viktig å få med at det er den best kvalifiserte "for den aktuelle stillingen eller embete" som skal ansettes. Han uttalte videre:

"Det er følgelig ikke slik at det alltid er den med høyest relevant utdannelse og lengst relevant erfaring, som skal tilsettes, selv om det under tiden vil være tilfelle. Vurderingstemaet for tilsettingsmyndigheten er om søkerne er kvalifiserte for den utlyste stillingen, ikke om de i alminnelighet er godt kvalifiserte. Kvalifikasjonsprinsippet er ikke en absolutt størrelse, men relatert til den aktuelle stillingen."⁴²

Dette mener Sivilombudsmannen bør presiseres i lovteksten. Han mente at dette ville kunne være med på å styrke saksbehandlingen i tilsettingssaker, og derved bidra til at søkerne sikres en konkret vurdering ut fra de samme kriteriene.

Sivilombudsmannes uttalelse fikk innvirkning på Fornyings- og Administrasjonsdepartementets vurdering i proposisjonen, og departementets mening var at dette burde være ordlyden i den nye lovens § 4:

"(1) I ledig embete eller stilling skal den best kvalifiserte søker for den aktuelle stillingen eller det aktuelle embetet ansettes, med mindre noe annet er bestemt i lov eller i medhold av lov.

(2) Ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det i første rekke legges vekt på søkerens utdanning, yrkeserfaring og personlige

⁴² Ot. prp. nr. 67 (2004-2005)

skikkethet, sammenholdt med de kvalifikasjonskrav som er oppstilt i⁴³ kunngjøringen av stillingen.”

Det forutsettes for øvrig at kvalifikasjonsprinsippet skal ha samme innhold som det har i dag.⁴⁴ Dette kommer frem av odelstingsproposisjonen, og dette kommer også til syne i (2) i den foreslåtte ordlyden.

I opplæringslova (oppl.)⁴⁵ finner vi en annen bestemmelse der kvalifikasjonsprinsippet innhold kommer frem. I lovens § 10-5 heter det:

”Når ein må velje mellom fleire søkjarar til den same stillinga, skal det leggjast vekt på utdanning og praksis, kva undervisningsbehov tilsetjinga skal ta sikte på å dekkje, og kor kvalifisert søkjaren elles er for stillinga.”

Denne bestemmelsen er ikke noen generell definisjon av kvalifikasjonsprinsippet, da denne loven kun gjelder for:

”... grunnskoleopplæring og vidaregåande opplæring i offentlege skolar og lærebedrifter dersom ikkje noko anna er særskilt fastsett.”⁴⁶

”... private grunnskolar som ikkje mottek statstilskot etter friskolelova, og privat heimeopplæring i grunnskolen.”⁴⁷

Det gir oss likevel en pekepinn på hva det inneholder og vi finner veldig mye viktig i forarbeidene⁴⁸ til denne loven. I forarbeidene til § 10-5 står det:

”Regelen lovfester det allmenne forvaltningsrettslige prinsippet om tilsetjing av den best kvalifiserte søkjaren. Den tilsetjande styresmakta skal såleis velja blant den best kvalifiserte søkjaren som oppfyller kompetanse krava i lova eller forskrifta. Regelen klargjer blant anna at personlege eigenskaper er eit relevant kriterium. Det vil

⁴³ Ot. Prp. nr. 67 (2004-2005) punkt 7.3

⁴⁴ Jfr. Ot. Prp. nr. 67 (2004-2005) punkt 7

⁴⁵ LOV-1998-07-17-61

⁴⁶ § 1-1 (1)

⁴⁷ § 1-1 (2)

⁴⁸ Ot. prp. Nr. 46 (1997-1998)

*såleis i mange tilfelle vere naturleg at intervju blir brukt som ein del av tilsetjingsprossessen”.*⁴⁹

En kan her forutsette at denne bestemmelsen, sett sammen med forarbeidene og rettspraksis, vil ha betydning for kvalifikasjonsprinsippet generelt også.⁵⁰

3.2 Kvalifikasjonsprinsippetets anvendelsesområde

Dette er kort omtalt i innledningen, men det fordrer her en mer utdypende fremstilling. Kvalifikasjonsprinsippet gjelder i utgangspunktet kun for statlige, fylkeskommunale og kommunale ansettelser. Men vi skal her se at dette ikke alltid trenger å være tilfelle.

Hvis en ser på definisjonen som Sivilombudsmannen bruker er det her særlig en setning som er viktig i forhold til kvalifikasjonsprinsippetets anvendelsesområde:

*”Grunnprinsippet ved tilsettinger i offentlig forvaltning er det såkalte kvalifikasjonsprinsippet.”*⁵¹

Det viktige for vurderingen av anvendelsesområdet i denne setningen er begrepet ”offentlig forvaltning”. Jeg viser her til min definisjon av offentlige stillinger, som det står i oppgavens tittel, da jeg er av den mening at oppgavens ”offentlige stillinger” vil si stillinger i den ”offentlige forvaltning”. Det er altså de offentlige stillingene som er underlagt kvalifikasjonsprinsippetets krav til saksbehandlingen. Når dette er sagt, synes det ut fra Sivilombudsmannens synspunkt at kvalifikasjonsprinsippet i enkelte tilfeller kan få anvendelse utover den ovennevnte definisjonen. I en sak fra 1976 uttaler Sivilombudsmannen seg slik:

*”Avgjørelsen av hvem som skulle ansettes måtte bero på en samlet vurdering av søkerens kvalifikasjoner og personlige egenskaper sett i forhold til stillingen og institusjonens behov.”*⁵²

⁴⁹ Ot. prp. Nr. 46 (1997-1998) punkt 31

⁵⁰ Urdal Johnsen, op. cit. s. 8

⁵¹ SOMB-2005-05 side 22 og SOMB-2006-1632, punkt 2

⁵² SOMB-1976-01 (1976 s. 13)

Det er særlig ordet "institusjon" jeg her legger merke til. Saken gjaldt tilsetting av styrer ved skole og daghjem tilknyttet institusjon for psykisk utviklingshemmede, der den ene søkeren følte seg forbigått i tilsettingsprosessen. Denne tilknyttede institusjonen var drevet av en privat forening, og tilsettingen ble foretatt av denne institusjonens styre. Det synes klart at Sivilombudsmannen her legger vekt på at kvalifikasjonsprinsippet også gjelder i dette tilfellet. Sivilombudsmannen har imidlertid ved andre anledninger gått i motsatt retning.⁵³ Det som derimot, etter min forståelse, var utslagsgivende i den første saken var at der hadde sykehusdirektøren deltatt på styremøtet der tilsettingen ble behandlet, og at vedtaket av den grunn ble mer influert av en person som jobbet i den offentlige forvaltningen. Sykehusdirektøren hadde sittet i styret på dette møtet fordi han etter dette sykehusets instruks og reglement hadde rett til dette ved blant annet tilsettinger. Vi ser ut i fra dette at en ikke kan utelukke at kvalifikasjonsprinsippet kan få anvendelse også utenfor det som en kan si er offentlig forvaltning. En skal imidlertid legge merke til at Sivilombudsmannen i saker der det er snakk om private institusjoner, er tilbakeholden overfor å la kvalifikasjonsprinsippet få et for bredt anvendelsesområde.

Når det gjelder ansettelsesforhold, vil kvalifikasjonsprinsippet få anvendelse ikke bare ved ansettelser av permanent karakter, det vil si fast stilling, men også ved de mer midlertidige ansettelsene, det være seg vikarstillinger eller andre lignende ansettelsesforhold.

I den senere tid har det vært en tendens til å benytte seg mer og mer av private rekrutteringsbyrå, både når det gjelder ansettelser av midlertidig karakter og i faste stillinger. Dermed blir det en problemstilling hvorvidt kvalifikasjonsprinsippet også skal gjelde her, eller om slike tilfeller er unntatt disse reglene. Sivilombudsmannen har uttalt seg om dette:

"Det er ikke grunn til å rette innvendinger mot denne utviklingen rettslig sett, men den stiller krav til at forvaltningen er seg sitt arbeid bevisst når det gjelder saksbehandlingen. Det er grunn til å understreke at kravene til saksbehandlingen ved tilsettinger i offentlige stillinger også må gjelde når deler av tilsettingsprosessen overlates til private firmaer. Slike firmaer kan ikke anses som forvaltningsorganer etter

⁵³ Se for eksempel SOMB-1989-72

forvaltningslovens § 1, og forvaltningsloven kommer ikke til anvendelse på deres virksomhet. En offentlig tilsettingsmyndighet kan imidlertid ikke organisere seg bort fra forvaltningslovens krav til behandling i enkeltsaker. Den offentlige tilsettingsmyndighet er ansvarlig for at kravene til saksbehandling er oppfylt, også der det søkes bistand fra private aktører. Tilsettingsmyndigheten kan ikke utelukkende bygge på private firmaers vurderinger, men er forpliktet til å foreta en selvstendig vurdering av saken”⁵⁴

Det må her forutsettes at de ansatte i vikarbyråene er godt kvalifiserte for å kunne ta gode beslutninger ved ansettelsesspørsmål. Dette forutsetter videre at de ansatte har kjennskap til kvalifikasjonsprinsippet og de andre momenter det skal legges vekt på i henhold til dette. I tillegg er det klart at de vikarbyråene som blir brukt til slike formål, begrunner sine beslutninger grundig slik at det offentlige kan ta avgjørelsen på et betryggende grunnlag.

3.3 Kvalifikasjonsprinsippets reelle innhold

Vi har til nå sett på kvalifikasjonsprinsippets generelle innhold og dets anvendelsesområde. Det jeg mener med det generelle innhold er det som er kvalifikasjonsprinsippets ”ytre” lag. Vi skal nå, på en mer inngående synsvinkel, se på de forskjellige forholdene som kan være med i vurderingen av søkere som står opp mot hverandre i en tilsettingssituasjon. Altså det jeg i denne fremstillingen kaller det reelle innhold. Sivilombudsmannen har i sin omtale av kvalifikasjonsprinsippet, slik vi har sett tidligere, ofte uttrykt seg slik om hva som skal være med i vurderingen av søkeres kvalifikasjoner:

”Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysingsteksten, i tillegg til eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.”⁵⁵

⁵⁴ SOMB-2005-05

⁵⁵ For eksempel SOMB-2005-05 side 22

Det skal altså i utgangspunktet legges vekt på hvilke av utlysningstekstens kvalifikasjonskrav en søker oppfyller. Dette skal vi se på senere.⁵⁶ Her skal lov- og avtalefestede krav legges til grunn. Noen av disse har vi sett på tidligere.⁵⁷ Dette gjaldt blant annet stillinger der det kreves en spesiell utdanning for i hele tatt å kunne bli vurdert for stillingen. Jeg nevner her dommere og ansatte i politiet som eksempler. Det vi nå skal se på er den siste setningens innhold; *"utdanning, praksis og personlig skikkethet"*. Det jeg altså, i denne fremstillingen, har valgt å kalle for "kvalifikasjonsprinsippets reelle innhold", jamfør min definisjon ovenfor.

3.3.1 Faglige egenskaper

Det som menes med faglige egenskaper, er det som er en søkers formelle utdanning og søkerens relevante erfaring. En aktuell problemstilling arbeidsgiver her blir satt overfor er hvor mye de forskjellige egenskapene skal tillegges vekt. Arbeidsgiver har her et betydelig rom til å bruke skjønn ved vektlegging av disse egenskapene, både gjennom utlysningsteksten og i valget mellom den konkrete stillingens søkere.⁵⁸ Kvalifikasjonsprinsippet gir altså plass for spillerom her.

Men kravet til denne skjønnsmessige vurderingen er at den må være knyttet opp mot saklig og samvittighetsfull vurdering av alle aktuelle søkere. Hvis det i utlysningsteksten er ønsket en spesiell formell utdanning, vil dette skjønnnet bli innskrenket.⁵⁹ Det samme gjelder ved ønske om en spesiell erfaringsbakgrunn. Dette blir i stor grad dirigert av utlysningsteksten. Noen eksempler kan være at når det i utlysningsteksten er presisert at det er ønskelig med *"høyere grad tilsvarende Master eller høyere"*, vil arbeidsgiver i stor grad være bundet av dette. Her vil ikke arbeidsgiver kunne tilsette noen med en lavere grad enn Master, som i de fleste tilfeller er 5 år.⁶⁰ Men det er ikke dermed sagt at en søker med Doktorgrad er bedre kvalifisert enn en søker med Mastergrad. Min tolkning av en slik tekst er at alle søkere som oppfyller dette kravet i utgangspunktet stiller likt når det gjelder formell utdanning isolert sett. Dette modifiseres dog gjennom at utdannelsen må være relevant for stillingens arbeidsområde.

⁵⁶ Se punkt 3.4

⁵⁷ Se kapittel 2

⁵⁸ Engelsrud, op. cit. s. 67

⁵⁹ Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.4

⁶⁰ Dette er imidlertid en sannhet med modifikasjoner, noen Masterstudier er på 6 år.

Det samme gjelder ved frasen "Det er ønskelig med teknisk-faglig erfaring" når man snakker om erfaring. Her vil imidlertid erfaringens lengde få noe å si. Hvis det ikke står spesifisert hva slags erfaring som kreves, vil det bero på erfaringens relevans i forhold til stillingens arbeidsoppgaver.⁶¹

Det faktum at det kun er den relevante erfaringen og utdannelsen som kan danne grunnlaget for vurderingen er fremkommet gjennom rettspraksis. En sak som gjaldt vedtak om ansettelse av en ligningssjef i Bjarkøy kommune. Her heter det i dommen fra Eidsivating lagmannsrett:

*"Ved vurdering av søkerens faglige egenskaper vil det først og fremst være den spesielle fagutdanning og fagpraksis som knytter seg til likningsarbeid som vil være av interesse. Når det gjelder utdanning fra andre fagområder, allmennutdanning og praksis fra andre lovsområder osv. kan det ikke uten videre legges vekt på slike forhold, men det må kunne påvises en sammenheng mellom disse forhold og de krav vedkommende stilling setter til den ansatte."*⁶²

Dette vil altså si at arbeidsgiver er nødt til å vurdere søkerens utdanning eller dennes erfaring/praksis opp mot det formål og de arbeidsoppgaver som er tillagt den ledige stillingen. Dette behøver imidlertid ikke by på de store problemene da veldig mange stillinger har et slikt faglig preg og er av en slik karakter, at kravene til den ønskede formelle kompetanse er ganske klarlagte på forhånd. En stilling krever for eksempel juridisk utdanning, eller en annen stilling medisinsk utdanning. Det er derimot i de situasjonene det ikke er oppstilt formelle krav til stillingen, at en større grad av skjønnsutøvelse fra arbeidsgivers side vil kunne bli godtatt. Dette vil nødvendigvis kunne bety at der det ikke er krevd en spesiell formell utdanning, som for eksempel en saksbehandlerstilling der det kun kreves "relevant utdanning", kan relevant erfaring og praksis bli ilagt større vekt, uten at det går på tvers av kvalifikasjonsprinsippet.

Selv om det nødvendigvis må være en sammenheng mellom erfaringen eller utdannelsen og stillingen, kan det i enkelte tilfeller tenkes at annen erfaring eller utdanning også kan spille inn. Ta for eksempel den situasjonen ovenfor. Hvis

⁶¹ Urdal Johnsen, op. cit. s. 12

⁶² NAD-1981-83-786, Tønder, "Saklige hensyn i offentlig tjeneste", Oslo 1975 s. 29-30 og Urdal Johnsen, op. cit. s. 12

ingen av søkerne hadde noen arbeidslivserfaring i det hele tatt, unntatt en søker, kunne dette være utslagsgivende i vurderingen. Det samme gjelder hvis to søkere hadde relevant erfaring, mens den ene hadde annen erfaring ved siden av. Den ene søkeren hadde kanskje jobbet gjennom hele studietiden, mens den andre ikke hadde det. Dette kan gi et inntrykk av at dette er en person som er villig til å gjøre en innsats, samtidig som at vedkommende har stor arbeidskapasitet. Det vil i slike tilfeller være naturlig at arbeidsgivers slingsringsmonn i forhold til skjønnsvurderingen er større, særlig i forhold til de tilfellene der det kreves en spesiell erfaring.

SOMB-1977 side 20 trekker imidlertid noen grenser for hvor fritt arbeidsgiver står. Saken gjaldt tilsetting av fluorbørster i grunnskolen, hvor utlysningstekst ikke nevnte noe om kvalifikasjonskrav. En av søkerne utdannet legesekretær og hadde praktisert ved svenske sykehus i 5 år og tre år ved et norsk sykehus. Den andre søkeren, som for øvrig ble tilbudt stillingen, hadde ingen utdanning og knapt ingen erfaring bortsett fra noen få vikariater. Sivilombudsmannen uttalte her at selv om fluorbørsting ikke krevde den lange utdannelsen eller erfaringen, så kunne ikke kommunen, som var arbeidsgiver, se bort fra den første søkerens lange praksis og utdanning. Heller ikke med hensyn til overkvalifisering. Sivilombudsmannen konkluderte med at den første søkeren var blitt forbigått uten noen som helst holdbar grunn.⁶³

I hvilken grad man kan ilegge den relevante erfaringen en søker har mer vekt enn vedkommendes relevante utdanning, vil bero på hva slags stilling det er snakk om. En administrerende lederstilling vil etter all sannsynlighet kunne kreve en god del erfaring, og i så fall kan kanskje dette oppveie for manglende formell utdanning i forhold til andre søkere. Dette kommer frem gjennom Sivilombudsmannens uttalelser.⁶⁴ En stilling på lavt nivå vil i motsatt fall kunne stille større krav til vedkommende søkers utdanning. Men det vil være klart at ved ellers like kvalifikasjoner, så vil praksis ha mye å si her. Ta for eksempel en saksbehandlerstilling ved Namsmannens kontor, som konsulent. Denne stillingen krever således juridisk utdanning på masternivå, og alle søkere har dette. Alle er også nyutdannede og alle har like gode karakterer. En søker har imidlertid hatt sommerjobb hos Namsmannen. Da vil, etter min mening, denne erfaringen bety

⁶³ Se også Engelsrud, op. cit. s. 70

⁶⁴ Se for eksempel SOMB-1999-41, der relevant praksis og ledererfaring ble vektlagt mer enn formell utdanning ved ansettelse av kontorsjef.

ganske mye, så lenge ingen andre søkere har lignende erfaring. Her ser vi at erfaring kan ha mye å si også ved stillinger på lavere nivåer.

Noen stillinger stiller ikke et absolutt krav til hvilken utdannelse som kreves, men heller en rund frase, slik som den ovenfor; "høyere grad tilsvarende Mastergrad eller høyere.". Her vil det kunne være grader fra forskjellige utdanningsgrener som passer til jobbeskrivelsen. Her vil også arbeidsgivers skjønn være ganske fritt der to typer utdannelser passer like godt til stillingen.

En særskilt problemstilling oppstår når ledende stillinger i forvaltningen blir ledige og man får søkere som har politisk bakgrunn. Det må være helt klart at å illegge tilsettingsvurderingen politiske hensyn, vil være et brudd på kvalifikasjonsprinsippet.⁶⁵ Derfor sier hensynet til troverdighet at et slikt vedtak må være grundig. Daværende kommunalminister, Oddvar Nordli, sa i en uttalelse i Stortinget i 1971:

*"Det er ikke usedvanlig at aktive partipolitikere blir ansatt som rådmenn eller kontorsjefer. Det må også kunne aksepteres at erfaring som kommunepolitiker er en kvalifikasjon av betydning, som i enkelte tilfelle kan oppveie kvalifikasjoner som for eksempel videre utdannelse, praksis i tilsvarende stillinger og så videre. Like akseptabelt må det være å godta politisk virksomhet som en kvalifikasjon blant andre som for eksempel til kommunale sjefer, like uakseptabelt er det selvfølgelig at en politisk innstilling alene skal diskvalifisere fra slike stillinger. Det synes på det rene at voteringene i kommunestyre i slike ansettelsessaker enkelte ganger følger partilinjer. Det er vanskelig i disse tilfellene å kunne påstå at denne ene stemmegivningen er mer politisk motivert enn den andre."*⁶⁶

Denne uttalelsen er imidlertid av veldig beskjeden rettskildemessig betydning, men den gir et visst inntrykk av hvilke vurderinger som man må ta hensyn til i tilsettingsprosessen.⁶⁷

⁶⁵ Smith, Eivind, "Lovlige og ulovlige hensyn ved ansettelse av offentlige tjenestemenn" LoR 1981, s. 275

⁶⁶ Stortingsforhandlinger 1970-71, s. 2939-2941

⁶⁷ For flere momenter, se punkt 3.3.2. og kapittel 4

3.3.2. Personlige egenskaper

Med en persons personlige egenskaper mener jeg vedkommendes andre egenskaper enn relevant formell utdanning og relevant erfaring. I en rekke stillinger rekker det ikke å ha den riktige utdannelsen og erfaringen. Enkelte stillinger krever en viss personlig egnethet for å kunne bli utført godt. Om dette har Fornyings- og administrasjonsdepartementet uttalt følgende:

*"En viktig vurderingsfaktor som ofte kan være det avgjørende i en kvalifikasjonsvurdering, er om vedkommende er personlig skikket til stillingen. Det er ikke alltid tilstrekkelig kun å være godt kvalifisert når det gjelder utdanning og yrkeserfaring. Søkeren skal også vise seg personlig skikket, eller egnet til stillingen. Også uttrykket personlige egenskaper brukes for å betegne dette kvalifikasjonskriteriet."*⁶⁸

Dette kan være egenskaper som er etterspurt i utlysningen, eller generelle ønsker eller preferanser for stillingen. Selv om det skulle være uttrykt kriterier eller ønsker om bestemte personlige egenskaper, så kan disse være veldig vage. Dermed er det ikke lett å skulle kunne forutsi hva som egentlig er ønsket. Det bør derfor komme så klart frem som mulig, hva som foretrekkes.⁶⁹ Uansett om det er opplyst i utlysningen at en egenskap er ønsket eller ikke, er det ikke alle personlige egenskaper som er like relevante. Det er særlig setningen: *"Søkeren skal også vise seg personlig skikket, eller egnet **til stillingen**."* Det må altså kunne knyttes opp mot hvilke behov stillingen krever. De personlige egenskaper en stilling krever, må man kunne ta med i vurderingen, enten det står i utlysningen eller ikke. Man må for eksempel kunne ta i betraktning en lærers pedagogiske evner.⁷⁰

Å være skikket til en stilling kan gå ut på å ha samarbeidsevner, å kunne skape gode relasjoner, gode kommunikasjonsevner, skape tillit osv. I tillegg kan lederegenskaper, slik som å kunne ta raske beslutninger, ta avgjørelser under både psykisk og tidsmessig press, være avgjørende. I tillegg kan det å vise eller å ha vist lojalitet her være et moment. Her kan også moralske verdier og syn på livet komme inn som en del av vurderingen.⁷¹ I likhet må man ta hensyn til at en leder skal ha gode lederegenskaper.⁷² I hvilken grad man kan ta hensyn til egenskaper

⁶⁸ Ot. prp. Nr. 67 (2004-2005)

⁶⁹ Jfr. Bjørnaraa, op. cit. s. 207

⁷⁰ NAD-1987-1075

⁷¹ Tønder, op. cit. s. 25

⁷² Se NAD-1986-151 der en kommunekasserer kunne bli vurdert ut fra sine lederegenskaper.

som ikke er så relevante, vil bero på hvor relevant de er i forhold til stillingen. Statens personalhåndbok beskriver dette spesielt for lederstillinger:

*"Det som er sagt i ovenstående punkt om kvalifikasjoner generelt gjelder selvsagt også for lederstillinger. Likevel er det slik at man til søkere til lederstillinger gjennomgående vil kunne legge relativt større vekt på personlig skikkethet for stillingen og mer spesifikke lederferdigheter. En leder skal oppnå de forventede resultater gjennom sine medarbeidere, og lederegenskaper/-ferdigheter må derfor tillegges betydelig vekt ved tilsetting av en leder."*⁷³

Et særskilt problem som oppstår ved vurderingen av søkerens personlige egenskaper er hvordan arbeidsgiver kan dokumentere dem. Et av kvalifikasjonsprinsippets aspekter er nettopp at man skal kunne underbygge sin begrunnelse så godt som mulig. Her har Sivilombudsmannen uttalt følgende:

*"Jeg finner det likevel grunn til å bemerke at dersom personlig skikkethet skal kunne godtas som avgjørende for en kvalifikasjonsvurdering, må tilsettingsorganet ha tilstrekkelig grunnlag for å vurdere samtlige aktuelle søkers personlige skikkethet på en tilfredsstillende måte. I forhold til søkere som tilsettingsorganet ikke har tilstrekkelige kunnskap om fra tidligere, må slik kunnskap måtte bringes til veie gjennom intervju og ved å kontakte tidligere referanser."*⁷⁴

Det viktige her er at hvis man skal kunne godta personlig skikkethet som avgjørende for en kvalifikasjonsvurdering, så må det være mulig å kunne vurdere alle aktuelle søkers skikkethet, og ikke bare noen. De vanlige måtene her er intervju og referanser. Denne uttalelsen gir ikke, etter min mening, et påbud om å innhente opplysninger gjennom disse metodene. Dette vil bero på en skjønnsmessig vurdering fra arbeidsgivers side.⁷⁵ Hvis søkeren har jobbet i bedriften tidligere, særlig hvis det er snakk om en lengre periode, burde dette kunne være nok for å vite om vedkommendes personlige egenskaper. Dette forutsetter at arbeidsgiver kjenner til personen. I tillegg sier ikke uttalelsen noe om

⁷³ Statens personalhåndbok 2007 punkt 2.4.2.2.

⁷⁴ SOMB-2001-25

⁷⁵ Jfr. LB-1996-62 angående kontakt med referanser

hvordan et eventuelt intervju skal foregå. Her må det etter min mening kunne godtas at man intervjuer en person over telefon eller TV-konferanse hvis personlig oppmøte er vanskelig å få til, og hvis det ikke er andre forhold som gjør at personlig oppmøte er av viktighet for tilsettingsvurderingen. Dette bør dog brukes med forsiktighet, gjerne sammen med kontakt med tidligere referanser.

I ot. prp. nr. 46 (1997-1998) bemerker departementet at intervju er en viktig prosess for å skaffe seg innblikk i en persons egnethet til stilling. Sivilombudsmannen har uttalt, for eksempel i SOMB-2000-18⁷⁶, at en enkel telefonsamtale ikke trenger å være nok for å danne seg et bilde av en persons skikkethet og egnethet til stillingen. Dette er etter Sivilombudsmannen et brudd på fvl.⁷⁷ § 17 (3). Tilfeldige kommentarer og uttalelser fra personer utenom innstillingsmyndigheten kan settes til side som irrelevante opplysninger. Dette kommer frem av SOMB-1969-45. Men jeg tolker ikke de ovennevnte uttalelser som noe prinsipielt forbud mot for eksempel TV-konferanse, hvis det er hensiktsmessig og tilstrekkelig i forhold til hvor vanskelig kvalifikasjonsvurderingen fremstår som.

En særlig problemstilling er den stadig økende tendensen til å bruke personlighetstester som vurderingsgrunnlag. Det er vanlig å kombinere dette, for eksempel, med et intervju. ILOs Code of Conduct, "*protection of workers personal data: an ILO code of practice*" fremsetter retningslinjer som anbefaler at søkere skal kunne ha adgang til å motsette seg slike personlighetstester hvis de ønsker det.⁷⁸ Hvorvidt en skal ilegge slike personlighetstester stor vekt, og i det hele tatt bruke dem, er omtvistet. Motargumentene går ofte på at ikke alle testene har like god kvalitet. Men den generelle konsensus er at man skal være tilbakeholdende i bruken av slike tester, og heller bruke mer tid på det eventuelle intervjuet.

Det er imidlertid skal være oppmerksom på er at det ved avskjedigelse blir vanligere og vanligere å avtale at man skal få en positiv attest. Noen ganger er dette i tillegg til at arbeidsgiver sier seg villig til å stille som god referanse.⁷⁹ Dette kan være med på å ødelegge hele meningen med innhenting av opplysninger, og således føre til at referanser blir nedprioritert som vurderingsgrunnlag. I så fall blir et personlig intervju enda viktigere som vurderingsgrunnlag. Dette kan være med

⁷⁶ Se også SOMB-2000-20

⁷⁷ LOV-1967-02-10

⁷⁸ Verdt å merke seg er at Norge ikke er folkerettslig bundet av slike rekommandasjoner.

⁷⁹ Internett: Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon,
<http://www.nito.no/Aktuelt/Nyheter/Nyhetsarkiv/20207/24687/>

på å undergrave hele formålet med kvalifikasjonsprinsippet, og således føre til at man ikke får rett person på rett sted, slik som formålet med hele ordningen er. Den beste vurderingen blir nok resultatet av en samlet vurdering av de faglige så vel som de personlige egenskapene sett under ett, og forvaltningen bør etterstrebe å opprettholde dette i fremtiden også. Det at flere kanskje har skaffet seg uriktige referanser og attester, legger enda større press på at forvaltningen skal innhente opplysninger fra flere hold enn bare ett.

3.3.2.1 Personlige egenskapers vekt i kvalifikasjonsvurderingen

Spørsmålet blir så hvor mye vekt en skal legge på de personlige egenskapene i en kvalifikasjonsvurdering. Det vil bero på hva slags type stilling det er snakk om, i tillegg til hvilke forutsetninger som er ønsket i utlysningstekst. Det må videre bero på en helhetsvurdering av søkerens samlede kompetanse. En lederstilling stiller som oftest store krav til at søkeren har lederegenskaper, og en lærerstilling stiller krav til en persons pedagogiske evner. Like så stiller det helt spesielle krav til en person som skal jobbe for eksempel innenfor krisepsykologi. Her vil egenskaper som empati og så videre være av høy viktighet. I andre stillinger er det viktig med evnen til å skape tillit, eller å være flink til å skape relasjoner og så videre.

Det å se helt bort fra de faglige egenskapene, hvis søker har ulike faglige kvalifikasjoner, og basere avgjørelsen utelukkende på de personlige egenskapene vil i de fleste tilfeller være uakseptabelt. Som en hovedregel kan man derfor utlede at jo viktigere de personlige egenskapene er for stillingens arbeidsoppgaver, jo mer må det være akseptabelt for forvaltningen å ta hensyn til disse egenskapene. Der slike egenskaper ikke spiller så stor rolle, vil denne muligheten bli innskrenket. Det må i uansett tilfelle være foretatt en helhetsvurdering av personlige egenskaper, sett opp mot den eventuelle formelle utdanning som kreves for stillingen og den relevante erfaringen en søker har.

Selv om man er kvalifisert faglig sett, så betyr ikke det at arbeidsgiver ikke kan ta inn i vurderingen de personlige egenskapene. Dette ser vi gjennom en dom avsagt i Hålogaland lagmannsrett.⁸⁰ Denne saken gjaldt en person som ikke ble tilsatt som lærer på grunn av at arbeidsgiver mente han hadde for høyt fravær til å kunne

⁸⁰ RG-2001-1040 eller LH-2000-560

anses som skikket til lærerstillingen.⁸¹ Det var dog ingen tvil om at vedkommende søker formelt sett var kvalifisert til stillingen gjennom formell utdannelse og relevant erfaring. Men året før hadde søkeren hatt en vikarstilling i en annen skole, og her hadde vedkommende hatt over 60 % fravær. Dette hadde ført til at læreren ikke hadde klart å utføre alle arbeidsoppgaver som stillingen krevde. Retten uttalte her at selv om fraværet hadde vært gyldig, i og med at fraværet var dekket av lov og overenskomster i arbeidslivet, så betydde ikke dette at arbeidsgiver var fraskåret fra å vurdere slike hensyn i sin kvalifikasjonsvurdering. Retten uttalte om dette:

"Det avgjørende for saken er hvilke elementer som kan inngå i vurderingen av søkerens skikkethet. Hvorvidt en søker anses personlig skikket til den stilling han har søkt, vil bero på en totalvurdering av stillingens art, de krav stillingen stiller og vedkommendes faglige og personlige forutsetninger til å fylle stillingen."

Vi ser her at retten setter ganske klare retningslinjer for bruken av vurderinger rundt hvorvidt en person er skikket til en stilling eller ikke. Videre uttaler retten grunnlaget for å benytte slike vurderinger:

"Et sentralt element i arbeidsgivers vurdering vil være om vedkommende søker rent faktisk er i stand til å utføre det arbeid som er tillagt stillingen. Virke som lærer er ikke bare et forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiverer, men angår i særlig grad skolens forpliktelse i forhold til elevene. I tillegg til undervisning forutsettes oppfølging, vurdering og involvering i elevene. En lærer skal også inngå i et kollegium med skolens øvrige lærere, ledelse og annet personale."

Lagmannsretten mente her at det var akseptabelt å vurdere en persons skikkethet selv om den faglige kompetanse var til stede. Dette ut i fra vurderinger rundt en persons fremtidige muligheter til å oppfylle stillingens krav til arbeidsoppgaver.

⁸¹ Se også punkt 3.3.2.2. om i hvilken utstrekning det skal aksepteres å spørre om dette.

3.3.2.2. Arbeidsgivers adgang til å spørre om sykefravær

Etter at den ovennevnte dommen ble avsagt har vi i arbeidsmiljøloven (aml.)⁸² fått regler for arbeidsgivers adgang til å spørre om helseopplysninger. §9-3 (1) lyder som følger:

"Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte."

Med helseopplysninger mener departementet de forhold som kan belyse og kartlegge de nåværende og fremtidige mulighetene for å kunne oppfylle en stillings arbeidsoppgaver på bakgrunn av en persons helsetilstand.⁸³ Det følger videre av forarbeidene at det forutsettes at en søker skal ha samme rettsvern mot innhenting av helseopplysninger som en arbeidstaker som allerede er ansatt.⁸⁴ Bestemmelsen i § 9-3 er preseptorisk og uttømmende i forhold til arbeidsgivers tilgang til innhenting av en arbeidssøkers helseopplysninger.⁸⁵ Dette betyr, etter min mening at arbeidsgiver ikke har mulighet til å hente inn andre helseopplysninger, selv ved samtykke fra søker. Man kan med utgangspunkt i samme bestemmelse si at det kun vil være tilgang til å innhente opplysninger om for eksempel fravær hvis dette er nødvendig "... for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen."⁸⁶ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) fremhever at dette saklighetskravet er strengt knyttet opp til hvilken betydning det har for utførelsen av arbeidsoppgavene.⁸⁷ Men dog ikke så strengt at ikke arbeidsgivers saklige behov for slike opplysninger ikke blir ivaretatt.⁸⁸

Det var imidlertid en del uenigheter i forkant av utformingen av arbeidsmiljøloven hvorvidt bestemmelsen i § 9-3 (1) også gjelder for sykefravær. Breisteinsutvalgets flertall mente at arbeidsgiver uansett kunne spørre om tidligere sykefravær. Flertallet mente at dette uansett ville kunne ha en innvirkning på hvor godt en person kunne utføre en jobb. Det mente imidlertid likevel at årsakene til fraværet

⁸² LOV-2005-06-17-62

⁸³ Jfr. NOU-2001-4 s. 104 og Urdal Johnsen, op. cit. s. 19

⁸⁴ NOU-2001-4 punkt 2.4.3

⁸⁵ NOU-2001-4 s. 441

⁸⁶ § 9-3 (1) 1. pkt. (samme som ovenfor)

⁸⁷ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 148

⁸⁸ Jfr. NOU-2001-4 s. 441

skulle kunne falle inn under bestemmelsen i § 9-3.⁸⁹ Mindretallet i Breisteinsutvalget var av den oppfatning at det her ikke ville være mulig å unngå å komme inn på sykefravær med innsyn i helseopplysningene.⁹⁰ I ot. prp. nr. 46 (2004-2005) kommer det frem at både departementet og arbeidslivsutvalget var enige med mindretallet i Breisteinsutvalget og at § 9-3 derfor ikke åpnet for innsyn i en persons sykefravær.⁹¹

På bakgrunn av dette kan man si at bestemmelsen i § 9-3 satt en skranke for det som etter kvalifikasjonsprinsippet før var legitimt å spørre om ved vurderingen av tilsettinger.

3.3.2.3. Betydningen av annet fravær

Av og til er det tilfelle at noen har politiske verv som tidligere har ført til, men av mer betydning i en ansettelsesprosess, kommer til å ha i fremtiden. Her kan det være fristende for arbeidsgiver å velge bort den eller de av søkerne som har slike verv, slik at man unngår å måtte skaffe vikar med jevne mellomrom. I en sak om en arbeidssøker til en stilling som lærer i en videregående skole⁹², følte søkeren seg forbigått på grunn av vedkommendes verv som folkevalgt kommune- og formannskapsmedlem, og det fravær dette ville medføre. Det var i dette tilfellet ingen tvil om at vedkommende søker var den best kvalifiserte til stillingen. Rektoren uttalte at denne søkeren var det naturlige valget isolert sett, men at hensynet til hans forventede fravær ble vektlagt veldig sterkt, med den begrunnelse at dette vil gå ut over søkerens evne til å tilfredsstille kravene stillingen stilte. I denne forbindelse uttalte Sivilombudsmannen:

"Ved vurderingen av om det ved tilsettingen var saklig å legge vekt på antatt fremtidig fravær for å utføre verv som folkevalgt, må det legges til grunn at borgerne som utgangspunkt er pliktige til å ta imot valg til kommunestyre⁹⁴ og formannskap, jf. valgloven⁹³ § 12 og kommuneloven⁹⁵ § 14..."

⁸⁹ NOU-2001-4 s. 171 og Urdal Johnsen, op. cit. s. 20

⁹⁰ NOU-2001-4 punkt 11.1.2.2.

⁹¹ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 149

⁹² SOMB-1997-30, også omtalt i ot. prp. nr. 67 (2004-2005), punkt 7.1

⁹³ LOV-2002-06-28-57 (red. anm.)

⁹⁴ LOV-1992-09-25-107 (red. anm.)

⁹⁵ SOMB-1997-30

Sivilombudsmannen uttalte videre:

*"Det er viktig for at vår demokratiske valgordning skal fungere tilfredsstillende at forholdene legges til rette for at borgerne skal kunne påta seg offentlige verv. Vervet som folkevalgt medfører samfunnsplikter, vervet utføres i offentlig interesse og en offentlig tilsettingsmyndighet må da også så langt råd er forholde seg slik at den som har påtatt seg slike verv ikke blir skadelidende på grunn av utførelsen av vervet."*⁹⁶

Etter min mening er det tydelig at Sivilombudsmannen mener at hensynet til demokrati og valgbarhet skal vektlegges mer enn hensynet til at riktig person skal til riktig stilling. Selv om det i dette tilfellet var klart at den forbigåtte var den best kvalifiserte, så gjorde Sivilombudsmannen det klart at det samme ville gjelde der to søkere ellers er likt kvalifisert. Å vektlegge politiske verv under vurdering av personlige egenskaper kan derfor anses innskrenket. Men det kan likevel tenkes at det kan være akseptabelt å legge vekt på det i enkelte tilfeller. Sivilombudsmannen omtalte i samme sak i denne retning:

"Selv om et faktisk fravær kunne tenkes å begrunne et unntak fra kvalifikasjonsprinsippet i en tidsbegrenset stilling som den foreliggende, kan jeg ikke se at det som er fremkommet om As permisjonsfravær kan tilsa at det var riktig at det ble gjort her"

3.3.2.4. Betydningen av tidligere livsførsel

Av og til er stillingen av en slik art at det er ønskelig og nødvendig med en plettfri vandel. En plettfri vandelsattest kan si mye om en person er skikket til å kunne inneha en bestemt stilling. Hovedregelen er imidlertid at forvaltningen ikke kan inneha slike opplysninger, og dermed heller ikke legge vekt på dem, jamfør FOR-1974-12-20-4 § 12.⁹⁷ Det fordrer her en todeling av hvilke typer stillinger der disse vurderingene kan komme til anvendelse.

⁹⁶ SOMB-1997-30

⁹⁷ Hjemmelen for denne forskriften er strafferegistreringslovens § 10 (LOV-1971-06-11-52)

Den første typen stillinger er de som har et lovbestemt krav om plettfriandel knyttet til seg. For disse yrkene er det etter den ovennevnte forskriften anledning å innhente opplysninger omandel. Forskriften nevner her blant annet ved tilsetting/utnevning av dommere eller dommerfullmektiger, tjenestemenn i påtalemyndigheten og politifullmektiger, politiinspektører m. fl. som ikke er tillagt påtalemyndighet. I tillegg nevner forskriften at de som skal jobbe innenfor tollvesen, Riksarkivet og Kriminalomsorg i frihet er yrkesgrupper der vandelsattest kan innhentes.⁹⁸

Men det kan også være slik at det for stillinger som ikke er knyttet opp mot et lovfestet krav tilandel, vil være hensiktsmessig og akseptabelt å kunne innhente vandelsattest.⁹⁹ I en dom fra Borgarting lagmannsrett¹⁰⁰ uttalte retten at:

”... spørsmålet om det er saklig å legge vekt på tidligere straffbare forhold, må likevel avgjøres i forhold til den stillingen det er tale om”

Videre fortsatte lagmannsretten:

”..også i andre tilfeller enn de som er særlig regulert, må det etter omstendighetene kunne stilles slike krav”

Saken gjaldt ansettelse av en førstekonsulent ved byretten. Stillingen innebar også å være leder for namsmannsavdelingen der. Problemstillingen gikk på hvorvidt det var adgang for tilsettingsorganet å innhente vandelsattest for søker. Lagmannsretten kom til det standpunkt at dette var legitimt i denne saken. Dette ble begrunnet med at man i en slik stilling hadde ikke bare en del penger som man forvaltet, men også at stillingen var av en slik karakter at man kunne foreta drastiske inngrep i andre menneskers rettssfære, inklusive tvangsinngrep, og således måtte det kunne stilles krav til at den som stod som leder for namsmannsavdelingen måtte forevise vandelsattest. Dette bygger på hensynet til at man skal ha tillit i samfunnet generelt sett. Namsmannens leder kunne lett bli

⁹⁸ Denne listen er ikke uttømmende. Det settes også vilkår for hva vandelsattesten skal inneholde. Her viser jeg til forskriftens § 12 for nærmere opplysninger.

⁹⁹ NOU-2004-5 s. 425

¹⁰⁰ LB-1998-3504

forvekslet, eller i alle fall ha lik status som en dommer blant borgerne, og da tilsa også hensynet til domstolene at det burde være åpent for en slik innhenting av vandel.

Andenæs¹⁰¹ mener at dette dog ikke burde gli ut. Dette kan være noe som kan ligne på dobbeltstraff. Andenæs skriver:

*"Både rent menneskelige og samfunnsmessige hensyn tilsier at den som er ferdig med sin straff, bør hjelpes til å komme på fote igjen. De egenskaper han har lagt for dagen ved forbrytelsen, kan selvsagt være av den art at det må vises forsiktighet. Men innenfor de grenser som dette hensyn setter, bør han få sjansen til å ernære seg selv på hederlig vis og til å opparbeide på ny den tillit han har forspilt."*¹⁰²

Uansett synes det å være klart at vandelsattest bare kan innhentes hvis det er av betydning for stillingens arbeidsoppgaver. Men det er helt klart at hvis stillingen er av en slik karakter at vandelsattest kan kreves, vil det trekke i veldig negativ retning for søkeren å ha noe på vandelsattesten. Hvis en arbeidstaker søker på en stilling i regnskapsavdelingen i et offentlig organ, vil det trekke i negativ retning av vedkommende er tidligere dømt for formuesforbrytelser. Det samme gjelder en søker til en undervisningsstilling i barneskolen eller assistent i barnehage, hvis vedkommende er tidligere domfelt for misbruk av mindreårige. I tilfeller der dette er tilfelle synes det klart at dette burde bli ilagt stor vekt i kvalifikasjonsvurderingen.

Et unntak fra dette kan være hvis det er lenge siden forbrytelsen fant sted, og det er grunn til å tro at vedkommende er helt forandret siden den gang. Et annet tilfelle er hvis forbrytelsen som er begått ikke har relevans i forhold til stillingens arbeidsoppgaver. Det at en søker til en stilling som saksbehandler i skatteetaten er dømt for legemsbeskadigelse har ikke relevans til stillingens arbeidsoppgaver. Derimot, hadde vedkommende vært tidligere domfelt for skattebedrageri, vil saken vært i et helt annet lys. I tilfeller der forbrytelsen ikke er knyttet opp mot stillingens innhold, vil det lett kunne bli ansett som irrelevant å legge dette til grunn for kvalifikasjonsvurderingen. Det en kan legge merke til her er at hvis

¹⁰¹ Andenæs, Johs.: "Alminnelig strafferett" 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber - Mohn (Oslo 2004)

¹⁰² Andenæs, Johs.: op. cit. s. 99

tilsettingsmyndigheten skulle være berettiget til å stille et spørsmål som søker mener er irrelevant, og søker nekter å svare, så kan dette være nok i seg selv til å tvile på søkers sannferdighet. Dette er i alle fall flere ganger blitt lagt til grunn i rettspraksis.¹⁰³

3.3.2.5. Forhold utenfor søkeren

Det kan være personlige egenskaper som søkeren ikke rår over selv som også kan komme inn i kvalifikasjonsvurderingen. Rettspraksis har vist at også slike forhold kan være aksepterte som vurderingsmomenter. I en sak ved Eidsivating lagmannsrett fra 1995¹⁰⁴ gjaldt saken en tidligere biblioteksjef med lang bibliotekpraksis som mente seg urettmessig forbigått av en søker uten bibliotekpraksis ved tilsetting i et 2 års vikariat som vanlig bibliotekar i Gol kommune. Grunnen som tilsettingsorganet oppgav var at noen hadde hørt fra utenforstående at vedkommende til tider kunne være vanskelig å samarbeide med, og vektla dette som avgjørende, selv om hennes faglige kompetanse var veldig høy. Lagmannsretten fant at dette ikke kunne settes til side. Her uttrykker retten for øvrig at det å innhente opplysninger fra kilder som ikke er oppgitt av søker, eller som søker ikke blir informert om, ikke er å regne som en saksbehandlingsfeil.

3.4 Kvalifikasjonsprinsippets forhold til utlysningsteksten

En viktig problemstilling i forhold til kvalifikasjonsprinsippet er, som nevnt tidligere, hvorvidt utlysningsteksten har noe å si for hva som kan være med i kvalifikasjonsvurderingen samt hvor stor vekt de forskjellige vurderingsmomentene kan ilegges. De ganger Sivilombudsmannen omtaler kvalifikasjonsprinsippet sies ofte dette:

*"Ved vurderingen må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, i tillegg til eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet."*¹⁰⁵

¹⁰³ Se for eksempel LB-1998-3504

¹⁰⁴ LE-1994-720

¹⁰⁵ For eksempel SOMB-2005-05 side 22

Det synes her klart at utlysningsteksten har en betydning for hva som skal, eventuelt kan, legges til grunn for vurderingen. Departementet er også av samme oppfatning. I forarbeidene til den nye tjenestemannsloven beskriver departementet utlysningens betydning på denne måten:

"Kvalifikasjonsprinsippet forutsetter at ledige stillinger i staten gjøres kjent for mulige søkere. I kunngjøringen må den ledige stillingen beskrives på en dekkende måte både når det gjelder arbeidsområde og krav til stillingsinnehaver. Det er viktig at potensielle søkere på denne bakgrunn kan gjøre seg opp en mening om stillingen er av interesse og ¹⁰⁶om søkerens kvalifikasjoner passer til kravene i kunngjøringen."

Departementet har også uttalt seg om dette i ot. prp. nr. 67 (2004-2005) som beskriver forholdet til utlysningsteksten. Her går det enda lenger og sier at til og med krav som er oppstilt i utlysningsteksten kan avvikes i visse tilfeller:

"Kvalifikasjonskrav i stillingskunngjøring vil antakelig ikke rettslig avskjære tilsettingsmyndigheten fra å ansette en søker som ikke fyller de fastsatte krav. Hensynet til god forvaltningsskikk og til likhetsprinsippet tilsier imidlertid at det i slike tilfeller foretas ny utlysning med lempninger i kvalifikasjonskravene, slik at det åpnes adgang også for andre interesserte til å melde seg som søkere på disse premissene... Det er egnet til å svekke tilliten til en tilsetning dersom det offentlige ser bort fra de stillingsbetingelser som er angitt ved en utlysning fordi det kan gi grunnlag for mistanke om usaklighet eller vilkårlighet ved tilsettingen. Det er også uheldig fordi tilsettingsmyndigheten kan få et skjevt og utilfredsstillende grunnlag å bygge tilsettingen på."¹⁰⁷

Det åpnes her altså for å utlyse stillingen på nytt, med endrede premisser i utlysningsteksten. Man trenger altså ikke å tilsette noen, hvis ingen oppfyller de krav som er ønskelig, eller hvis de ønskede kravene blir endret underveis i

¹⁰⁶ Ot. prp. nr. 67 (2004-2005) punkt 7.1

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 67 (2004-2005) punkt 7.1 (7. avsnitt)

prosessen, etter at utlysningen er gått i trykken. Det synes også klart at de premissene som blir nevnt i utlysningsteksten skal vektlegges mer enn eventuelle andre personlige egenskaper.

Men dette betyr, etter mitt skjønn, ikke at det er kun det som står i utlysningsteksten som kan legges til grunn for tilsettingen. Det ville være urimelig å skulle pålegge tilsettingsmyndigheten denne innskrenkningen. Det ville også kunne føre til forskjellsbehandling i de tilfellene der flere søkere står helt likt i forhold til de momentene som står i utlysningsteksten. Man vet ikke på forhånd hvilke søkere man får, og derfor er det vanskelig å skulle lage en uttømmende utlysningstekst som dekker alle vurderinger som kan dukke opp. Dette er også knyttet opp mot at mange begreper er veldig vage, slik som "personlig skikkethet" og så videre. Også effektivitetshensyn trekker i samme retning, i og med at det ville tatt unødvendig lang tid å skulle utforme utlysningstekstene til hver enkelt stilling.

Hvis det i utlysningsteksten ikke sies noe om hvilken relevant utdanning eller praksis som er ønskelig, kan likevel ikke tilsettingsmyndigheten sette slike hensyn helt på siden. Her kan vi se på dommen fra Eidsivating lagmannsrett¹⁰⁸ igjen, der det gjaldt to søkere til en jobb som bibliotekar. Vi har sett på et moment i den saken, men det var ett moment til. I utlysingen var det stilt krav om utdanning fra Statens bibliotek- og informasjonshøgskole eller tilsvarende. Begge søkere oppfylte dette krav. Den som ikke fikk jobben hadde dessuten nærmere 27 år praksis fra bibliotekvirksomhet, inklusive praksis som omfattet arbeidsoppgaver i tilknytning til forholdet mellom bibliotek og videregående skole, hvilket var angitt som hovedarbeidsoppgave for det utlyste vikariatet. Vedkommende som fikk jobben hadde ingen bibliotekpraksis å vise til. Den første var dermed mye bedre kvalifisert når det kom til erfaring. Om dette uttalte retten:

"Ankende part har rett i at den omstendighet at det i utlysingen ikke er stilt krav om praksis ikke betyr at kommunen er berettiget til å se bort fra søkerens relevante praksis ved bedømmelsen av deres kvalifikasjoner. Det er likevel av betydning at det i utlysingen hverken ble stilt krav om praksis eller uttalt at praksis ville bli tillagt særskilt vekt. Dette innebærer at det i seg selv ikke er noen feil at kommunen

¹⁰⁸ LE-1994-720

tilsetter en søker uten bibliotekpraksis. Gol kommune måtte derfor være berettiget til å velge den søker som kommunen anså best egnet etter en samlet vurdering av søkerens faglige kvalifikasjoner og personlige skikkethet.”

Her ilegges altså hensynet til kvalifikasjonsprinsippet generelt mer vekt enn hensynet til det som står i utlysningsteksten. Det vil igjen si at hvis utlysningsteksten ikke fastslår at en bestemt erfaring skal legges til grunn, trenger ikke dette å bety at en søker med denne typen erfaring nødvendigvis er den beste søkeren.

Nok et eksempel på dette er dommen fra Borgarting lagmannsrett som gjaldt ansettelse i et dagsenter for autistiske. Her var det i utlysningsteksten angitt at:

”Stillingen ønskes besatt av personer med erfaring fra arbeid med mennesker med autistiske trekk.”

Lagmannsretten uttalte seg slik om dette:

”Lagmannsrettens flertall, ... mener at det ikke er grunnlag for å si at kommunen har beveget seg utenfor grensene for det frie skjønn eller har tatt utenforliggende hensyn. ... Hvor stor vekt man skulle legge på Jane Olsens betydelige lenger arbeidserfaring, herunder hennes erfaring med autister, er et utpreget skjønnsmessig spørsmål. ... Det legges til grunn at kommunen har bygget på kvalifikasjonsprinsippet og har foretatt en saklig vurdering av de relevante hensyn.”

Dette er enda et eksempel på at hensynene til kvalifikasjonsprinsippet står sterkere enn til hva som er skrevet i utlysningsteksten. Dette var dog en dissensdom¹⁰⁹, men i og med at det ikke er den eneste dommen som går i samme retning, så gis det et viktig signal i denne drøftelsen.

¹⁰⁹ 6 mot 1 stemmer

3.5 Oppsummering

Vi har sett at det viktigste formålet med kvalifikasjonsprinsippet er å ansette den beste søkeren til den riktige stillingen. Dette må være et resultat av en helhetsvurdering, som ikke bare tar utgangspunkt i formell utdanning og relevant erfaring, men også de personlige egenskapene en søker er i besittelse av. Utlysningsteksten har også betydning for hva som kan vurderes, men det kan i enkelte tilfeller være riktig i forhold til kvalifikasjonsprinsippet å ikke la den være bindende for tilsetningsvurderingen. For enkelte stillinger vil det kunne være stilt lov- eller avtalefestede krav.¹¹⁰ I disse tilfellene vil følgelig kvalifikasjonsprinsippet være begrenset til de tilfeller der det er flere søkere med disse kravene oppfylt.

¹¹⁰ Se kapittel 2

4. Andre saklige forhold ved tilsetting

4.1 Innledning

Kvalifikasjonsprinsippet skal som hovedregel legges til grunn i en tilsetningsavgjørelse. Det er ikke dermed sagt at det ikke kan tilsidesettes hvis saklige grunner tilsier noe annet. Det finnes en del andre momenter som ikke nødvendigvis kan sies å ha noe med en søkers kvalifikasjoner å gjøre, men som likevel i praksis ofte blir en del av tilsetningsmyndighetens vurderingsgrunnlag.¹¹¹ Hovedtariffavtalen (Hta.) § 2, punkt 2.2, nevner:

"Ved tilsetting og opprykk skal det i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen)."

Det er særlig at kvalifikasjonsprinsippet skal gjelde *"i første rekke"* som er viktig i denne forbindelse. Det vil altså si at det kan være noe annet som kan komme inn i vurderingen også.

For at slike vurderinger skal kunne tas med i vurderingen trenger de å være saklig begrunnet.¹¹² De må altså være utslagsgivende, enten i forhold til en søkers utførelse av arbeidsoppgavene, eller i forhold til geografiske og velferdsmessige hensyn, eller i forhold til arbeidsgivers interesser. Det som er kriteriet for at slike

¹¹¹ Se for eksempel SOMB-1982-17 (kommer for øvrig tilbake til denne saken)

¹¹² Jfr. Engelsrud, op. cit. s. 75

hensyn skal kunne tas i betraktning er at de aktuelle søkerne er noenlunde likt kvalifisert.

4.2 Velferdsmessige hensyn

Av og til kan velferdsmessige grunner være et forhold i ansettelsesavgjørelsen. Disse kan være av økonomisk karakter eller gå på en søkers behov etc. Sivilombudsmannen mener på generelt grunnlag at slike grunner i hovedsak bare kan vurderes når søkerne er tilnærmet likt kvalifisert og i tillegg at grunnene må fremstå som vesentlige. I tillegg bør det komme frem av utlysningsteksten at slike vurderinger kan bli foretatt.

4.2.1 Søkers sosiale situasjon

En arbeidsgiver kan velge å vektlegge eventuelle sosiale forhold hos en søker. I en dom fra 1976 (Vaktmesterdommen)¹¹³ var spørsmålet hvorvidt en kan legge vekt på en søkers sosiale forhold ved ansettelse av en vaktmesterstilling ved en skole. Det var to søkere som stod på lik linje, kvalifikasjonsmessig sett. Men den ene av disse ble ansatt på grunn av at han hadde en syk kone og mindreårige barn, og at det var viktig for ham å få seg en lettere jobb enn den han på daværende tidspunkt hadde på et mekanisk verksted. Retten mente at det ikke var usaklig å ta hensyn til dette, og begrunnet det i rimelighets- og rettferdighetshensyn. Det som imidlertid var tilfelle i denne saken var at også den andre søkeren hadde slike forhold, som også kunne være av interesse, men dette ble ikke undersøkt av tilsettingsmyndigheten. Retten tok ikke standpunkt til hvorvidt sosiale grunner kan brukes som et avgjørende forhold i tilsettingsavgjørelser generelt.

4.2.2 Funksjonshemming

Dersom en søker har en funksjonshemming som ikke har noen innvirkning på den aktuelle stillingen, vil forvaltningen i enkelte tilfeller kunne se det som hensiktsmessig å ansette vedkommende til denne stillingen. Vedkommendes arbeidsutsikter ellers vil være begrenset på grunn av funksjonshemmingen. Dette vil med andre ord si at tilsettingsmyndigheten legger vekt på søkers behov for

¹¹³ Rt-1976-614 (Vaktmesterdommen)

stillingen til grunn for sin vurdering. Dette kan i mange tilfeller være fordelaktig med tanke på de samfunnsmessige aspekter, slik som sysselsetting og så videre. Men det som er et problem med denne typen vurdering er at det i de fleste tilfeller vil være vanskelig å kunne skille de forskjellige behov i forhold til hvor presserende de er. Kvalifikasjonsprinsippet går ut på at en objektiv vurdering legges til grunn, og en behovsvurdering slik som i dette tilfellet vil i høy grad være subjektiv, og således ikke være i samsvar med kvalifikasjonsprinsippet. Flere mener likevel at slike vurderinger burde kunne tas, men da bare som en snevert unntakstilfelle, og at søker uansett må være kvalifisert for stillingen.¹¹⁴

En sak fra Bergen byrett¹¹⁵ gjaldt tilsetting av sentralbordbetjent. Den ene søkeren saksøkte kommunen med krav om erstatning fordi han/hun følte seg forbigått i forhold til det som stod i stillingsannonsen: Dette stod i utlysningsteksten:

*"Funksjonshemmede vil bli prioritert hvor dette er mulig."*¹¹⁶

Denne søkeren var funksjonshemmet, og var blitt innstilt som reserve for en annen søker som ikke var funksjonshemmet. Retten la til grunn for sin dom at begge søkere var kvalifisert da de var blitt innstilt som nummer en og to. Dermed kom retten til at det var den funksjonshemmede som skulle fått jobben, på bakgrunn av det som stod i utlysningsteksten. Her ser vi at også utlysningsteksten har betydning for vurdering av eventuelle sosiale forhold.

4.2.3 Søkere økonomiske situasjon

I en sak hos Sivilombudsmannen i 1982¹¹⁷ gjaldt det tilsetting av vaskehjelp. Her hadde tilsettingsmyndigheten lagt vekt på at hun som ble tilsatt var enke og hadde et økonomisk behov for å få seg at arbeid. Den andre søkeren hadde ektemann i fast stilling og hadde således ikke det samme økonomiske behovet, etter tilsettingsmyndighetens skjønn. Det var for øvrig også sosiale grunner som ble vektlagt i vedkommende som fikk jobben sin favør. Sivilombudsmannen uttalte at det under slike forhold, som denne saken inneholdt, må kunne godtas å foreta denne typen vurderinger. Forutsetningen er at tilsettingsmyndigheten må ha

¹¹⁴ Bl. a. Engelsrud, op. cit. s. 78

¹¹⁵ RG-1992-241

¹¹⁶ RG-1992-241 s. 243

¹¹⁷ SOMB-1982-17

kjennskap til at det ikke er slike lignende forhold hos eventuelle andre søkere. I tillegg mente han at slike forhold burde være av vesentlig karakter.

4.3 Sysselsettingshensyn

I en sak hos Sivilombudsmannen fra 1983¹¹⁸ gjaldt tilsetting som assistent ved interkommunal næringsmiddelkontroll. I utlysningsteksten var det ikke nevnt krav eller ønske om relevant utdanning eller relevant praksis. Den 19 år gamle tilsattes eneste tidligere arbeidserfaring var sommerjobber i teknisk etat. Klageren hadde jobbet som blodseparator på et slakteri i en årrekke. Her hadde tilsettingsmyndigheten i sin vurdering lagt avgjørende vekt på hensynet til å få arbeidsledig ungdom ut i arbeidslivet. Grunnlaget var at det i kommunen i lang tid hadde vært veldig høy arbeidsledighet blant ungdom. Sivilombudsmannen uttalte at selv om det riktignok ikke var noe krav til erfaring i utlysningsteksten, ville ikke dette frita tilsettingsmyndigheten for å foreta en kvalifikasjonsvurdering. Han la videre til grunn at saklighetskravet i slike vurderinger står sterkt:

"Ut fra de opplysninger jeg har, legger jeg til grunn at A¹¹⁹ var best kvalifisert for stillingen. Selv om det er et mål å sørge for at arbeidsledig ungdom skaffes arbeid, kan jeg ikke se at det i dette tilfellet var saklig grunn for å la dette momentet være avgjørende ved den samlede vurderingen i tilsettingssaken. Under ellers like forhold mellom søkerne kunne dette ha stilt seg annerledes. "

Sivilombudsmannen uttalte videre, på generelt grunnlag, at i de tilfeller der en kommune ønsker å sikre arbeidsledige arbeid, bør dette skje gjennom særskilte tiltak, eventuelt ved at enkelte ledige stillinger uttrykkelig blir forbeholdt denne gruppen. Videre uttalte han:

"Når kommunen lyser ut en stilling på ordinær måte uten å antyde noen prioritering av arbeidsløse, må den vanlige hovedregel gjelde."

¹¹⁸ SOMB-1983-21

¹¹⁹ den som ikke ble tilsatt (red. anm.)

Sivilombudsmannen konkluderte med at klageren, eller A i hans uttalelse var blitt forbigått uten saklig grunn.¹²⁰ Det legges altså blant annet vekt på hvordan stillingen er utlyst i vurderingen av hvorvidt slike hensyn kan vektlegges eller ikke.

4.4 Arbeidsgivers interesser

I mange tilfeller ønsker arbeidsgiver å ivareta sine egne interesser, som en egen vurdering ved siden av søkerens kvalifikasjoner. Dette kommer frem gjennom en rekke saker hos Sivilombudsmannen. Slike hensyn kan være muligheter for å tiltre raskt, alder på søkerne, kontinuitetshensyn, stabilitet, kommunetilhørighet eller personalhensyn med flere. Å kunne vurdere slike hensyn i en tilsettingsprosess kan være særs fordelaktig for arbeidsgiver, og ikke fullt så fordelaktig for de fleste søkere. Ut i fra et samfunnsmessig ståsted vil dette kanskje føre til at tilliten til hele tilsettingsprosessen blir undergravd. Det synes uansett klart at Sivilombudsmannen som oftest legger vekt på hva som eventuelt har stått i utlysningsteksten.

4.4.1 Kontinuitet

Det er i arbeidsgivers interesse at det er kontinuitet på arbeidsplassen. Dette skaper samhold, og man slipper en tidkrevende prosess med å fylle ledige stillinger så ofte.

4.4.1.1 Alderens betydning

Et forhold som kan være med på å opprettholde kontinuitet er at man ikke ansetter søkere av høy alder, slik at vedkommende for eksempel går av med pensjon om kort tid. I SOMB-1992-24 ble søkers alder vektlagt for å oppnå en gunstig alderssammensetning på arbeidsplassen. Her ble det av Sivilombudsmannen uttalt at alder bare kan trekkes inn hvis det er relativt enkelt å forutsi at det vil ha uheldige konsekvenser, men at det som hovedregel ikke var akseptert å vektlegge høy alder i negativ forstand.

¹²⁰ Jfr. Engelsrud, op. cit. s. 78

4.4.1.2 Konstituert eller vikar i stillingen

Når en person har hatt en stilling på midlertidig basis, enten som vikar eller som konstituert, har denne personen fått tid til å sette seg inn i oppgavene som stillingen krever. I tillegg har vedkommende hatt tid til å bli kjent med arbeidsplassen og sine kolleger. Derfor kan det være en fordel for arbeidsgiver å legge dette til grunn ved en tilsettingsvurdering for denne stillingen ved fast ansettelse. Dette på bakgrunn av at det krever tid å få satt seg inn i en stilling, og dette senker i mange tilfeller effektiviteten. Til dette har imidlertid Sivilombudsmannen vært negativ.

I en sak fra 1969¹²¹, der det dreide seg om tilsetting av skolestyrer, der en søker hadde vært konstituert i stillingen, uttalte Sivilombudsmannen:

"En slik midlertidig tjenestegjøring før ordinær besettelse av stillingen, kan nok etter forholdene rent faktisk innebære en fordel for den konstituerte i og med at han får anledning til å gjøre seg kjent med arbeidet og vise at han er skikket for det. Men forholdene gir ham ellers intet fortrinn og foregriper ikke med hensyn til den endelige besettelse. Det vil etter min mening normalt ikke være adgang til å legge vekt på at det ville bli mer kontinuitet i ledelsen av skolen hvis den konstituerte i et tilfelle som det foreliggende kunne fortsette som fast styrer."

4.4.1.3 Kommunetilhørighet

En annen situasjon er når en søker jobber i den aktuelle kommunen eller har jobbet i kommunen tidligere. På den måten har da forvaltningen fått et innblikk i den aktuelle personens skikkethet til stillingen. Man omtaler her søkeren som en "kjent" søker.¹²² Dersom søkeren i et slikt tilfelle står kvalifikasjonsmessig likt med en annen søker, kan denne typen tidligere ansettelse få direkte betydning for tilsettingen. Hovedtariffavtalen (Hta.)¹²³ § 2.2, (2) fastslår at når to søkere står kvalifikasjonsmessig likt, skal den av søkerne som har lengst tjenestetid i kommunen ansettes. Hva vedkommende søker tidligere har jobbet med i kommunen, trenger i denne forbindelse ikke ha noe å si. Det som er verdt å merke seg i forbindelse med Sivilombudsmannssaken ovenfor, er at midlertidig tjenestegjøring vil telle i tjenestetidsvurderingen. Denne bestemmelse kan ikke

¹²¹ SOMB-1969-84

¹²² Jfr. Engelsrud, op. cit. s. 75

¹²³ KS` hovedtariffavtale

anvendes på tilfeller der søkere er ulikt kvalifisert til den aktuelle stillingen. I tillegg trenger ikke ansiennitet hos andre kommuner å være tellende. Det som uansett er tilfelle, er at ansiennitet som beslutningsmoment er veldig varierende praktisert, og det er vanskelig å finne faste holdepunkter for hvordan praksisen er.

4.4.2 Lokal sysselsettingspolitikk

I SOMB-1983-21, referert ovenfor, var det snakk om at lokale sysselsettingshensyn ble ilagt vekt. I en annen sak hos Sivilombudsmannen¹²⁴, gjaldt det tilsetting av lærer i grunnskolen. Det var kun en søker som oppfylte kravene i utlysningsteksten i forhold til hvilket fagområde det gjaldt. B som ble tilsatt, hadde utdannet seg lokalt i et desentralisert lærerutdanningsprosjekt, og kommunen uttalte at den følte seg "*moralsk forpliktet*" til å ansette denne personen. Kommunen hadde også tidligere tilsatt søkere med desentralisert utdanning fremfor en bedre kvalifisert søker. Her uttalte Sivilombudsmannen at dette "*moralske ansvaret*" ikke kunne legges vekt på i en tilsettingssituasjon. Han uttalte videre at dette bar preg av følelsesmessige forhold, som ikke kunne sies å være av en slik karakter at det var saklig grunn for å ta det med i vurderingen. Det var satt i gang en vanlig tilsettingsprosess, og tilsettingsvurderingen måtte da bero på en saklig vurdering, og normalt ville det si etter deres kvalifikasjoner.

En annen sak, fra 1990¹²⁵, handlet om at kommunen vedtok, som et personalpolitisk virkemiddel, å bare intervju og eventuelt ansette søkere fra det sentrale østlandsområdet. Begrunnelsen for dette var økonomiske og sysselsettingsmessige hensyn. Her fant Sivilombudsmannen at man ikke kunne utelukke søkere fra andre steder av landet, selv ikke med en klausul angående kvalifikasjonsforskjeller. Dette ville ikke være i samsvar med kvalifikasjonsprinsippet.

4.4.3 Personalhensyn

Med personalhensyn mener jeg hensynet til de arbeidstakerne som allerede er ansatt der det er en ledig stilling. Slike hensyn kan være av organisatorisk art, det kan handle om å unngå personalkonflikter, opprettholde stabilitet og mer.

¹²⁴ SOMB-1994-84

¹²⁵ SOMB-1990-27

SOMB-1992-26 gjaldt en kommune som utlyste to stillinger; En som kontorassistent og en som miljø- og plankonsulent, begge i 50 %. Det stod i utlysningsteksten at det var *"høve til å søkje stillingane samla."* Innstillingsmyndigheten la vekt på å ansette en person som hadde søkt på begge stillinger. Sivilombudsmannen uttalte at siden det ble utlyst i to separate annonser, og stillingene var så forskjellige, så måtte man vurdere stillingene hver for seg. Det ble altså ikke lagt vekt på at man ønsket at én person skulle tiltre i begge stillingene.

Det kan også være at arbeidsgiver ønsker å ansette noen andre enn den objektivt sett best kvalifiserte for å unngå personalkonflikter på arbeidsplassen. For eksempel i SOMB-1989-19, som gjaldt tilsetting av rektor ved en ungdomsskole, ble den ene søkeren ikke tilsatt fordi det var opplyst om at det var uro på den forrige arbeidsplassen til vedkommende. Tilsettingsmyndigheten mente at dette måtte kunne ses som at personen ikke var skikket til å være leder. Sivilombudsmannen tok ikke stilling til hvem som samlet sett var den best kvalifiserte, men kritiserte at tilsettingsmyndigheten ikke hadde undersøkt hva som var bakgrunnen for den oppståtte konfliktsituasjonen. Dermed var tilsettingsvurderingen tatt på sviktende grunnlag.

Et tilgrensende tilfelle gjaldt omorganisering i kommunen.¹²⁶ Det ble her utlyst en stilling som servicemann. En ekstern søker ble innstilt som førstevalg, men etter protester fra de tillitsvalgte, valgte kommunen å trekke utlysningen tilbake og omorganiserte arbeidsplassen slik at to allerede besatte stillinger i kommunen ble tillagt disse arbeidsoppgavene. Dette måtte kunne aksepteres mente Sivilombudsmannen, da det egentlig ikke ble snakk om noen tilsetting i forhold til utlysningen. Det ble bemerkt at det å utlyse en stilling medfører ikke en rettslig plikt til å faktisk ansette noen.

4.4.4 Overkvalifiserte søkere

En del arbeidsgivere vegrer seg for å ansette overkvalifisert arbeidskraft. Grunnen til dette kan være frykt for at søkeren om ikke lenge ønsker nye og større utfordringer, og i så måte bare bruker en bestemt stilling som springbrett, eller i påvente av en bedre stilling. En tilsettingssak som nattevakt ved et barnehjem

¹²⁶ SOMB-1992-29

illustrerer et slikt tilfelle.¹²⁷ Søkeren, som følte seg forbigått, jobbet allerede ved barnehjemmet som ledende miljøterapeut etter å ha arbeidet seg oppover i stillingene. Hun fikk ikke den ledige stillingen fordi ledelsen ville ha henne der hun var, og fordi de mente at det ville være sløseri med arbeidskraft å sette henne i en slik stilling, da hennes kompetanse strakk mye lenger. Denne begrunnelsen mente Sivilombudsmannen ikke holdt. Han mente at det, i alle fall som en hovedregel, ikke skal være akseptabelt å forbigå noen fordi ledelsen har vurdert kompetansen som for god.

4.4.5 Tiltredelsestidspunkt

En annen problemstilling er hvorvidt rask tiltredelse skal kunne brukes i en tilsetningsvurdering. Det er i de fleste tilfeller ønskelig fra arbeidsgivers side med rask tiltredelse. Men ofte har søkere oppsigelsestid hos sin nåværende arbeidsgiver, eller det kan være andre forhold som gjør at man ikke kan tiltre med en gang. Det kan være studier, sykdom, verneplikt med mer. Et eksempel på det siste finner vi i SOMB-1984-20. Det gjaldt et årsvikariat ved en skole. Søkeren hadde blitt innkalt til siviltjeneste, og kunne derfor ikke tjenestegjøre i stillingen den første tiden. Derfor ble han ikke vurdert til stillingen. Sivilombudsmannen uttalte her at man ikke uten videre kunne avskrive noen på grunn av at vedkommende ikke kan tiltre med en gang. Han mente videre at vektleggingen av et slikt hensyn måtte bero på i hvilken grad det hadde innvirkning på søkers evne til å gjøre jobben sin. Det ble videre sagt at det i en skolesituasjon, slik som denne, må kunne tas slike hensyn, da elevene kan ta skade av å miste stabilitet i hverdagen. Det som i denne saken er viktig er at Sivilombudsmannen la vekt på elevene og nedprioriterte kvalifikasjonsprinsippet. I tillegg ble det vist til at slike forhold kunne vektlegges mer siden det var snakk om en tidsbegrenset stilling, og ikke fast stilling.

4.5 Har arbeidsgiver undersøkelsesplikt?

En særskilt problemstilling er hvorvidt arbeidsgiver har en undersøkelsesplikt når det kommer frem opplysninger som ligner på forhold nevnt i dette kapitlet. For eksempel at en person sliter økonomisk, og sårt trenger et arbeid.

¹²⁷ SOMB-1997-140

Hovedregelen i all saksbehandling i forvaltningen er at før et vedtak fattes, skal saken være så godt opplyst som mulig, jamfør fvl.¹²⁸ § 17. Det er opp til tilsettingsmyndigheten å bestemme hvordan dette skal gjøres, men det vanlige er å innhente opplysninger fra tidligere referanser og intervju av de aktuelle søkerne. Aml.¹²⁹ § 13-4 setter imidlertid skranker for hva arbeidsgiver kan spørre om. Dette gjelder for eksempel politiske meninger, seksuell legning og annet.

Vi har i dette kapitlet sett at Sivilombudsmannen har uttalt seg om undersøkelsesplikt. For eksempel ble det i SOMB-1982-17 uttalt at når enkelte forhold som er nevnt i dette kapitlet, i denne saken økonomiske grunner, blir trukket inn som en vurderingsfaktor hos den ene søkeren, måtte det også undersøkes om lignende forhold foreligger hos andre aktuelle søkere også. Med dette forstår jeg at Sivilombudsmannen mener at undersøkelsesplikten kun strekker seg til de søkerne som er aktuelle kandidater til stillingen, og ikke alle søkere dersom det er flere. Dette står imidlertid i motsetning til Sivilombudsmannens uttalelse i Ot. prp nr. 67 (2004-2005) rundt personlig skikkethet; hvis personlig skikkethet skal kunne være et avgjørende forhold i tilsettingsavgjørelsen må tilsettingsmyndigheten ha tilstrekkelig grunnlag for å vurdere *samtlig*e søkeres personlige skikkethet.

Det er imidlertid i Vaktmesterdommen¹³⁰ uttalt at forvaltningen ikke har en slik undersøkelsesplikt i tilsettingssaker. Her uttalte retten:

*"Når det gjelder de rent faglige kvalifikasjoner, må ansettelsesmyndigheten normalt kunne betrakte en søknad som uttømmende. Men det er ikke uvanlig at det i en søknad også gir opplysninger om velferdsgrunner som i tvilstilfelle vil kunne tale for ansettelse. Jeg viker også tilbake for å konstatere at ansettelsesmyndigheten i så fall skal være forpliktet til av eget tiltak å bringe på det rene om tilsvarende grunner også skulle foreligge for andre."*¹³¹

¹²⁸ LOV-1967-02-10

¹²⁹ LOV-2005-06-17-62

¹³⁰ Rt-1976-614

¹³¹ S. 617 i dommen

Her ser vi altså at Sivilombudsmannen er uenig i det denne dommen kom frem til. Dette synes litt underlig da uttalelsen i dommen er klar på at det ikke foreligger en undersøkelsesplikt. I og med at Høyesterettsdommer har en vesentlig høyere rettskildemessig vekt enn Sivilombudsmannsuttalelser, skulle man kunne trekke den slutning at Sivilombudsmannens uttalelser på dette punktet ikke er rettslig holdbare. Men kvalifikasjonsprinsippet er ikke et statisk begrep. Vaktmesterdommen er en gammel dom, og det ser ut til at rettstilstanden har forandret seg og fortsatt er i forandring på dette punktet.

I mange utlysningstekster står det at det skal sendes en "kortfattet søknad med CV", og i slike tilfeller er det vanskelig for søkerne å skrive om alle aspekter ved seg selv, og da kan det være tenkelig at det kan stille seg annerledes. Således i tråd med fvl. § 17. Sivilombudsmannen uttaler i Ot. prp nr. 67 (2004-2005) at det er en forutsetning for at kvalifikasjonsprinsippet skal fungere, at den blir utlyst til så mange som mulig, og så utførlig som mulig slik at potensielle søkere har mulighet til å vurdere sin egen kompetanse opp mot kravet og ønskene til stillingen. Under tiden kan man derfor spørre seg om ikke Sivilombudsmannens uttalelse er den riktige, de lege ferenda. Særlig hvis utlysningsteksten er kort. Rettferdighetshensyn trekker også i samme retning.

4.6 Oppsummering

Hovedregelen er at kvalifikasjonsprinsippet skal ligge til grunn for tilsettingsavgjørelsen. I enkelte tilfeller kan det som vi har sett foreligge andre saklige grunner som tilsier at kvalifikasjonsprinsippet kan settes til side. Dette må imidlertid ses på som et snevert unntak. Hvorvidt saklige grunner foreligger må bero på en helhetsvurdering, sett i lys av utlysningstekst og forholdene ellers. Hvorvidt arbeidsgiver har en undersøkelsesplikt i slike tilfeller er omstridt, men utviklingen ser ut til å gå i retning av at arbeidsgiver har det.

5. Administrative konsekvenser av brudd på kvalifikasjonsprinsippet

Et tilsetningsvedtak er etter forvaltningsloven (fvl.) § 2 (2) et enkeltvedtak. Etter fvl. § 3 (2), andre punktum vil derfor ikke forvaltningslovens regler om begrunnelse¹³² eller klageadgang¹³³ gjelde. Jeg forutsetter i det videre at ikke annet er bestemt i det aktuelle forvaltningsorganet. Det forutsettes i videre at forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn i tilsetningsavgjørelsen sin, selv om dette i praksis er vanskelig å bevise.¹³⁴ Dette kalles tilblivelsesmangler.¹³⁵ Reglene om forvaltningens adgang til omgjøring får anvendelse for forvaltningsvedtak.¹³⁶ Men siden et ansettelsesvedtak som oftest er til fordel for en som blir tilsatt, vil en omgjøring være til ugunst for vedkommende. Ergo er ikke kriteriet for omgjøring etter fvl. § 3 (1)(a) tilstede. Det forutsettes også at kriteriene i fvl. § 3 (1)(b)¹³⁷ ikke er oppfylt slik at omgjøring er utelukket.

Det er tre administrative konsekvenser som kan følge av brudd på kvalifikasjonsprinsippet. Det ene er omgjøring på ulovfestet grunnlag, det andre er at vedtaket kan bli kjent ugyldig og det tredje er erstatningsansvar.

¹³² Se fvl. §§ 24 og 25

¹³³ Se fvl. §§ 28-34

¹³⁴ På grunn av at det ikke foreligger begrunnelsesplikt

¹³⁵ Eckhoff og Smith, "Forvaltningsrett", (2003) s. 432

¹³⁶ Se fvl. § 35

¹³⁷ At partene er gjort kjent med vedtaket

5.1 Omgjøring hjemlet i alminnelige forvaltningsrettslige regler

Omgjøring av vedtaket kan gjøres, selv om mulighetene for omgjøring i ovennevnte bestemmelsene i fvl. § 35 (1) (a-b) er avskåret. Fvl. § 35 (5) hjemler unntak fra denne hovedregelen. Bestemmelsen sier at omgjøringsadgangen fortsatt er tilgjengelig hvis annen lov, vedtaket selv eller de "*alminnelige forvaltningsrettslige regler*" tilsier noe annet. Dette er en snever unntaksregel. Jeg velger å bare drøfte de uskrevne reglene, delvis fordi det er det som gir mest rom for drøftning, og på grunn av omfanget av oppgaven.¹³⁸

Det følger av rettspraksis at bestemmelsen i § 35 (5) også gjelder for tilsetningsvedtak.¹³⁹ Vurderingen av hvorvidt det er mulig å anvende reglene på en bestemt sak, vil i hovedsak bli avgjort gjennom en interesseavveining av hvor viktig det er for forvaltningen å få det omgjort, og i hvilken grad det vil ha negative følger for den som ble tilsatt i stillingen. Det er ellers ingen bestemte vilkår for når omgjøring etter uskrevne regler skal kunne anvendes. Som hovedregel er imidlertid forutsetningen at mange momenter skal trekke i den retning. Et moment i retning av at det ikke kan anvendes kan for eksempel være at det har gått lang tid siden vedtaket kom søker for øre, og at søker har rukket å innrette seg etter vedtaket. Jo lengre tid det har gått mellom at søker har fått greie på vedtaket og ønsket om omgjøring blir fremsatt, jo vanskeligere blir det å foreta omgjøring. Dette kommer også frem gjennom SOMB-1995-23, som går ut på i hvor stor grad søker var i god tro om at vedtaket var endelig og innrettet seg til det.

Det er i praksis ikke så ofte at omgjøring etter de alminnelige forvaltningsrettslige regler blir foretatt fordi det ikke er ofte at momentene som går i forvaltningens favør er så tungtveiende som det som skal til.

¹³⁸ Jfr. punkt 1.3

¹³⁹ Se for eksempel Rt-1968-283

5.2 Ugyldige vedtak

5.2.1 De to kumulative vilkår

Det følger av fvl. § 35 (1) (c) at et vedtak kan omgjøres hvis vedtaket kan anses ugyldig. Her må et objektivt ugyldighetsbegrep være grunnlaget for vurderingen. Det vil si at vedtaket er ugyldig i sin helhet, altså for alle involverte parter.¹⁴⁰ Det er to kumulative vilkår for at et vedtak skal kunne være ugyldig, innvirkningsvilkåret og interesseavveiningsvilkåret.

Innvirkningsvilkåret går ut på at tilblivelsesmangelen¹⁴¹ må ha hatt en innvirkning på tilsettingsvedtaket. I Georges-dommen¹⁴² uttaler retten at de feil som er gjort i den skjønsmessige vurderingen må være såpass vesentlige at det er naturlig å tro at de har hatt en innvirkning på resultatet. Dette ser ut til å være de lege lata. Hvis tilsettingsvedtaket er fattet av et styre eller lignende, trenger ikke alle medlemmene av styret å ha tatt utenforliggende hensyn med i vurderingen, men mange nok til at resultatet kunne blitt annerledes hvis disse hadde stemt på noen andre.¹⁴³

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at et vedtak skal kunne være ugyldig er interesseavveiningsvilkåret. Dette går ut på søkers interesser må veies opp mot forvaltningens.¹⁴⁴ I tillegg er et moment hvorvidt noen av partene har noe å bebreides for i tilsettingsprosessen, det være seg for eksempel uriktige opplysninger. Hvis ingen er å bebreide, vil som oftest det telle i den tilsattes favør. I tillegg vil det at den tilsatte har rukket å innrette seg etter vedtaket telle i vedkommendes favør. Dette gjelder her som ved omgjøring etter de alminnelige forvaltningsrettslige regler, at jo lenger tid det har gått siden vedtaket, jo vanskeligere blir det å kjenne et vedtak ugyldig. Hvis det har gått så kort tid siden vedtaket at den tilsatte ikke har rukket å starte i stillingen ennå synes det lettere å kunne omgjøre vedtaket som en følge av ugyldighet.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Urdal Johnsen, op. cit. s. 48

¹⁴¹ Evt. manglene

¹⁴² Rt. 1965-712 på s. 716

¹⁴³ Jfr. Rt-1933-548 (Rådhusospitsdommen)

¹⁴⁴ Frihagen: "Villfarelse og ugyldighet" s.402-437

¹⁴⁵ I henhold til fvl. § 35 (1) (c)

5.2.2 Følgene av et ugyldig vedtak

Har forvaltningen kommet frem til at et tilsetningsvedtak er ugyldig, er mulighetene enten å ratihabere vedtaket eller omgjøre det. Ved ratihabisjon, det vil si opprettholdelse av vedtaket til tross for feilen(e), vil en helhetsvurdering lik den som ble foretatt i ugyldighetsvurderingen være tilfelle, og dermed vil sannsynligvis veldig få vedtak bli ratihabert.¹⁴⁶ Dette fordi hvis et vedtak har en innholdsmangel, kan det bare bli ratihabert hvis det er adgang til dispensasjon fra regelen som er brutt.¹⁴⁷ Hvis vilkårene for å ratihabere ikke er tilstede, eventuelt hvis forvaltningen ikke ønsker en ratihabisjon, mener Eckhoff/Smith¹⁴⁸ at forvaltningen som hovedregel er bundet til å omgjøre vedtaket. Hvis det derimot er vanskelig å finne konkrete mangler ved tilsetningsvedtaket, kan forvaltningen velge å ikke foreta seg noe, selv om det er tvil rundt vedtakets riktighet.

Velger forvaltningen å omgjøre vedtaket blir det å anse som et nytt enkeltvedtak i henhold til fvl. § 2, 2. ledd. Omgjøring kan skje ved dom. Det vanlige er imidlertid at spørsmålet om omgjøring kommer opp ved at noen klager på vedtaket. Men forvaltningen kan også omgjøre et ugyldig vedtak uten klage, jamfør fvl. § 35, (1) (c). Virkningen av en slik omgjøring vil inntreffe da omgjøringen kom til en parts kjennskap.¹⁴⁹ Hovedregelen er at slike omgjøringar ikke har tilbakevirkende kraft til skade for den aktuelle parten.

5.3 Erstatning for økonomisk tap

Hvis vilkårene for erstatning foreligger, kan en forbigått søker kreve erstatning for lidt økonomisk tap etter vanlige erstatningsrettslige prinsipper. Jeg skal kort gå gjennom de kumulative vilkårene. Disse er økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og adekvat årsakssammenheng.

¹⁴⁶ Jfr. Urdal Johnsen, op. cit. s. 49 og Eckhoff og Smith, op. cit. (2006) s. 466

¹⁴⁷ Eckhoff/Smith, op. cit. (2003) s. 445

¹⁴⁸ Eckhoff/Smith, op. cit. (2003) s. 446

¹⁴⁹ Hvis ikke annet er bestemt ved lov eller hvis annet er sagt. Jfr. Eckhoff/Smith, op. cit. (2003) s. 444

5.3.1 Økonomisk tap

Det første vilkåret for erstatning er at søkeren har lidd et økonomisk tap som følge av forbigåelsen. Her har søkeren selv et ansvar til å begrense tapet selv i så stor grad som mulig. For eksempel søke og eventuelt få en annen jobb.¹⁵⁰ I tillegg er det ikke sikkert at søker har noe økonomisk tap på grunn av forbigåelsen. Hvis vedkommende allerede er i en jobb som er like godt eller bedre betalt er ikke dette vilkåret oppfylt. Er søkeren derimot arbeidsledig eller har en stilling som er dårligere betalt enn den vedkommende kunne ha fått, vil et økonomisk tap være tilstede. Et økonomisk tap kan også innebære tap av fremtidig inntekt. Dette gjelder hvis stillingen kunne gitt den forbigåtte søkeren verdifull erfaring, som vedkommende ikke har mulighet til andre steder. Dermed kan også fremtidige jobber glippe for søkeren.¹⁵¹

5.3.2 Ansvarsgrunnlag

Forvaltningen kan bli erstatningsansvarlig hvis de har fattet et ugyldig tilsetningsvedtak. Dette gjelder også der forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn slik at innvirkningsvilkåret for en ugyldighetsvurdering er oppfylt men ikke interesseavveiningsvilkåret. Dette kan for eksempel være der A har fått jobben og etter en ratihabisjon finner forvaltningen ut at de lar vedtaket stå med de feil det har. B, som er forbigått, vil her kunne bli stilt økonomisk som om han/hun hadde blitt tilsatt.

Det er et omstridt tema hvorvidt ansvarsgrunnlaget skal anses som subjektivt eller objektivt. Når det gjelder objektivt ansvarsgrunnlag gjelder Skadeerstatningsloven¹⁵² § 2-1 bare for ansvar for skade som er voldt "*forsettelig eller uaktsomt*". På bakgrunn av denne ordlyden kreves subjektiv skyld. Det er imidlertid uenighet i juridisk litteratur hvorvidt § 2-1 samtidig stenger muligheten for å bare legge et objektivt erstatningsgrunnlag til grunn.¹⁵³ Rettspraksis viser imidlertid at dette er mulig. I NAD-1986-654 uttaler retten, etter at et vedtak er kjent ugyldig på bakgrunn av utenforliggende hensyn, at:

¹⁵⁰ Jfr. for eksempel NAD-1987-1075

¹⁵¹ Jfr. for eksempel NAD-1986-654

¹⁵² LOV-1969-06-13-26

¹⁵³ Se for eksempel Hagstrøm, "*Offentligrettslig erstatningsansvar*" (Oslo 1987)s.41-109, Frihagen "*Villfarelse og ugyldighet*" s.485-514 og "*Forvaltningsrett*" (III)s.187-189

"Etter sikker rett må Horten kommune være objektivt ansvarlig for tap A har lidt som følge av ugyldige vedtak."

Også Høyesterettspraksis viser at det er et alminnelig objektivt ansvar, slik som det er formulert i dommen i NAD-1986-654, ved bruk av utenforliggende hensyn.¹⁵⁴ Unntakene fra dette er når de utenforliggende hensyn berører reglene om diskriminering i diskrimineringslovens § 14 (3) eller aml. § 13-9. Her er vilkåret culpaansvar.

5.3.3 Årsakssammenheng

Etter vanlige erstatningsregler kreves det at det er en sammenheng mellom det lidte tap og det ugyldige vedtaket. De feil som er blitt gjort, som oftest utenforliggende hensyn, må altså være årsaken til at søkeren ble forbigått. Her ser vi at de utenforliggende hensynene som er tatt, må ha ført til et annet resultat i tilsettingsavgjørelsen enn ved korrekt behandling av tilsettingen. Hvis forvaltningen eller retten kommer frem til at det med sannsynlighet ville ha blitt et annet resultat dersom disse utenforliggende hensyn ikke hadde blitt tatt, *kan* erstatning tilkjennes den forbigåtte søkeren. Hvor stor denne sannsynligheten må være er omstridt.

I sivilprosessen gjelder det som utgangspunkt at mer enn 50 % sannsynlighet i forhold til noe annet er tilstrekkelig. Rt-1999-14 viser at dette også gjelder for forvaltningen. En del andre høyesterettsdommer fremhever kravet som "sannsynlighetsovervekt"¹⁵⁵, "rimelig sannsynlighetsovervekt"¹⁵⁶ og i NAD-1988-1198 uttaler retten:

"For at søkeren skal kunne ha krav på erstatning må det være overvekt for at A ville ha blitt ansatt i stillingen hvis saksbehandlingen hadde vært korrekt."

Det må derved kreves sannsynlighetsovervekt for at et riktig behandlet tilsettingsvedtak hadde fått et annet utfall for at erstatningsansvar skal foreligge. Når det gjelder bevisbyrden, ligger den på den eller de som angriper en avgjørelse. Hvis noen hevder at kvalifikasjonsprinsippet er brutt, ligger som regel bevisbyrden

¹⁵⁴ Se for eksempel Rt-1951-19, Rt-1957-86, Rt-1965-712 (Georges-dommen) og Rt-1973-460

¹⁵⁵ Rt-2002-683 og Rt-1992-64 (P-pilledommen II)

¹⁵⁶ Rt-1995-781

hos saksøker. Dette kan imidlertid stille seg annerledes ved brudd på diskrimineringsl. § 10 eller likestillingsl. § 16. Her er bevisbyrden på den som sitter med ansvaret i det enkelte tilfelle. Likestillingslovens og diskrimineringslovens bestemmelse er ganske like, og i likestillingsl. § 16 heter det:

"Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted."

Vi ser her at begrepet "sannsynliggjør" er brukt, og ut i fra vanlige sivilprosesslige regler er det tilstrekkelig at mer enn 50 % sannsynlighet er nok for å oppfylle beviskriteriet.

6. Domstolsbehandling

6.1 Innledende bemerkninger

Forvaltningen har stor skjønnsmessig frihet ved tilsettinger når det angår hva som skal vektlegges mest av for eksempel relevant utdanning og relevant erfaring. Domstolene har imidlertid en rettslig adgang til å prøve om kvalifikasjonsprinsippet er fulgt i en tilsettingsavgjørelse. Men i tilfeller der det er tatt utenforliggende hensyn eller der forvaltningen har bygget tilsettingsavgjørelsen på vilkårlig eller grovt urimelig skjønn, kan domstolene overprøve forvaltningens skjønn.¹⁵⁷ For at det skal være adgang til en stadfestelsesdom må vilkårene i tvistemålsloven¹⁵⁸ § 54, eller tvisteloven¹⁵⁹ § 1-3 fra og med 1. januar 2008¹⁶⁰, være oppfylt. Tilsettingsvedtaket vil således være søksmålgjenstanden. Dette forutsetter jeg i det videre. Jeg forutsetter videre at alle andre prosessuelle vilkår er oppfylt slik at det er mulig å få tilsettingsvedtaket domstolsbehandlet.

6.2 Det offentliges passive søksmålskompetanse

Det kan være av interesse for den forbigåtte søkeren å kunne få dom mot både den som ble tilsatt i stillingen og det offentlige som har tilsatt vedkommende. Det har i den juridiske teorien blitt hevdet at hvis ikke alle impliserte parter er saksøkt,

¹⁵⁷ Jfr. Boe, Jussens Venner 1981 s. 37

¹⁵⁸ LOV-1915-08-18-06

¹⁵⁹ LOV-2005-06-17-90

¹⁶⁰ Denne bestemmelsen trer i kraft pr. 01-01-2008

skal saken avvises.¹⁶¹ Rettspraksis viser likevel at det er mulig. Rt-1998 s. 623 uttaler i denne forbindelse:

"Hvorvidt en saksøker har rettslig interesse i å få dom for ugyldighet kun ovenfor det offentlige, eller om også den begunstigede tredjemann må søkes, vil bero på det krav saksøker gjør gjeldende, og om gjennomføringen av kravet vil medføre en endret rettslig situasjon for saksøkeren."

Denne saken gjaldt et ugyldig vedtak, og her kom retten til at man kunne fremme saken, selv om ikke alle impliserte parter i saken var saksøkt. Flere dommer peker også i retning av at en sak ikke bare kan avvises kun fordi alle parter ikke er saksøkt.¹⁶² Hov mener at de lege lata utvilsomt er at når et krav er rettet mot flere, så kan saksøkeren velge.¹⁶³ Jeg går ikke videre inn på en drøftelse av dette men forutsetter at man kan gå til sak selv om ikke alle parter er saksøkt, da dette synes på det generelle å være gjeldende rett.

6.3 Følgene av en ugyldighetsdom

På bakgrunn av det ovennevnte er det mest hensiktsmessig å drøfte følgene, for saker der både forvaltningen og den tilsatte er saksøkt, og de sakene der bare forvaltningen er saksøkt, hver for seg.

6.3.1 De rettslige følgene av sak der bare forvaltningen er saksøkt

En slik dom vil som hovedregel kun få rettskraftsvirkninger for sakens parter, og ingen andre. Det vil si at en slik dom ikke vil ha direkte virkning for den som ble tilsatt i stillingen. Dette følger av Rt 1962 s. 122. Men dette er ikke til hinder for at arbeidsgiver kan tilsette den forbigåtte søkeren i en annen tilsvarende stilling, der dette er mulig. I enkelte typer stillinger er dette ikke mulig, for eksempel kommunal administrasjonssjef, jamfør kommuneloven¹⁶⁴ § 22 nr. 1. I en slik situasjon kan

¹⁶¹ Jfr. Bernt, TfR 1981 s. 131, Frihagen, "Forvaltningsrett" III s. 203-206 og Falch, LoR 1991 s. 78 følgende.

¹⁶² For eksempel Rt-1976-614 og Rt-1991-1468

¹⁶³ Hov, "Rettergang III Sivilprosess" s. 153

¹⁶⁴ LOV-1992-09-25-107

dermed den forbigåtte søker ha krav på erstatning, så lenge vilkårene for det er oppfylt.¹⁶⁵

Hvis man har stått ovenfor et tilsetningsvedtak der vedtaket anses ugyldig, og forvaltningen omgjort vedtaket, kan den som først ble tilsatt i stillingen, gå til sak på bakgrunn av omgjøringsvedtaket. Vedkommende kan gå til sak både overfor forvaltningen og den tilsatte i stillingen. I en slik situasjon kan det ikke nedlegges samme påstand i begge sakene.¹⁶⁶ Det vil si at den forbigåtte må saksøke forvaltningen med påstand om at vedtaket er ugyldig, og overfor den tilsatte med påstand om å fratre stillingen.

6.3.2 De rettslige følgene der både forvaltningen og den tilsatte er saksøkt

Hvis man har en dom i en slik sak, vil tilsetningsvedtaket bli sett på som en nullitet. Det vil si at det blir satt til side, som om det ikke er foretatt. På dette feltet finnes det dog ingen høyesterettspraksis, så en må se på det som er av annen rettspraksis.

I en sak der det gjaldt ansettelse av en kommunekasserer¹⁶⁷, der det var overveiende sannsynlig at det hadde blitt tatt utenforliggende hensyn, ble vedtaket kjent ugyldig, også for den tilsatte slik at han måtte fratre stillingen. Det ble her tatt hensyn til at den tilsatte, selv om han hadde innrettet seg etter vedtaket, sannsynligvis visste at det ble søksmål i saken allerede før tiltredelse. Han var altså ikke i god tro. For det andre ville ikke et slikt ugyldig vedtak ha så stor innvirkning på den tilsatte, fordi han allerede hadde en jobb som han hadde permisjon fra. Rettens støttet seg i denne vurderingen til juridisk litteratur.¹⁶⁸ Det ble også samme resultat i NAD-1986-697, som for øvrig viste til den ovennevnte dommen.

Det kommer klart frem av begge dommene at retten foretar to vurderinger. Den ene i forhold til gyldigheten av vedtaket sett i lys av om det er tatt utenforliggende hensyn med mer. Deretter en vurdering av om også den tilsatte skal måtte fratre, ut i fra en vurdering av vedkommendes situasjon, og således hvorvidt

¹⁶⁵ Jfr. punkt 5.3

¹⁶⁶ Jfr. Urdal Johnsen, op. cit. s. 58

¹⁶⁷ NAD-1986-151

¹⁶⁸ Frihagen: "Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten" s. 410-411 og Andenæs: LoR-1962-14 på s.16

interesseavveiningsvilkåret er oppfylt. Dette er, som nevnt tidligere, et vilkår for at den opprinnelige tilsatte skal måtte fratre.

Når dette er sagt kan retten i enkelte tilfeller også komme til den konklusjon at vedtaket er ugyldig i forhold til innvirkningsvilkåret, men ikke interesseavveiningsvilkåret, slik at den tilsatte fortsatt kan sitte i stillingen. Den forbigåtte vil her kunne få erstatning, selv om interesseavveiningsvilkåret altså ikke er oppfylt.

7. Litteraturliste

7.1 BØKER

Andenæs, Johs.: "*Alminnelig strafferett*" 5.utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Rieber - Mohn. Oslo, 2004

Bjørnaraa, Torgeir m. fl.: "*Norsk tjenestemannsrett*" Oslo, 2000

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: "*Frihagens forvaltningsrett*" Bind I Oslo, 2006

Dege, Jan Tormod: "*Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold*" Oslo, 2003

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: "*Forvaltningsrett*" 7.utg. Oslo, 2003

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: "*Forvaltningsrett*" 8.utg. Oslo, 2006

Eckhoff, Torstein: "*Rettskildelære*" 5.utg. ved Jan E. Helgesen Oslo, 2000

Engelsrud, Gerd "*Styring og vern – arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner*" Oslo, 1999

Fleicher, Carl August: "*Rettskilder og juridisk metode*" Oslo, 1998

Frihagen, Arvid: "*Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*" Oslo, 1966

Frihagen, Arvid: "*Forvaltningsrett*" bind I Oslo, 1991

Frihagen, Arvid: "*Forvaltningsrett*" bind III Oslo, 1992

Hagstrøm, Viggo: "*Offentligrettslig erstatningsansvar*" Oslo, 1987

Hov, Jo: "*Rettergang III: Sivilprosess*" Oslo, 2000

Jakhelln, Henning: "*Oversikt over arbeidsretten*" 4.utg. Oslo, 2006.

Jakhelln, Henning og Aune, Helga: "*Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon*" Oslo, 2006

Johansen, Thor-Erik: "*Arbeidsrett*" Oslo, 1997

Lødrup, Peter: "*Lærebok i erstatningsrett*" 4.utg. Oslo, 1999

Skoghøy, Jens Edvin A: "*Twistemål*" 2.utg. Oslo, 2001

7.2 ARTIKLER

Andenæs, Johs.: "*Ombudsmannens kompetanse*",
Lov og rett 1962 s.14-21

Smith, Eivind, "*Lovlige og ulovlige hensyn ved ansettelse av offentlige tjenestemenn*"
Lov og Rett 1981, side 275

Falch, Ingvald. *Søksmålsinteresse i offentligrettslige trepartsforhold.*
Lov og rett 1991 s.78flg.

Boe, Erik: "*Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?*"
Jussens venner 1981 s.37-57

Gunleiksrud, Stig. "*Rettskraftens subjektive grenser i sivile saker.*"

Jussens venner, 1995, hefte nr.1/2 s.65-117

Bernt, Jan Fridthjof: *"Hvorvidt er det hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil ved forvaltningsvedtak ved hjelp ugyldighetsbegrepet?"*

TfR 1981 s.104-139

7.3 INTERNETT

Statistisk sentralbyrå: <http://www.ssb.no>

Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon:

<http://www.nito.no/Aktuelt/Nyheter/Nyhetsarkiv/20207/24687/>

7.4 TIDLIGERE HOVED- OG MASTEROPPGAVER

Urdal Johnsen, Morten: *"Kvalifikasjonsprinsippet ved offentlige ansettelser"* Oslo, 2006

Tønder, Bård: *"Saklige hensyn ved ansettelser i offentlig tjeneste"* Oslo, 1975

7.5 LOVER

1814 Kongerikets Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814

1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr.5

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 18. august 1915 nr.6

1917 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr.4

1962 Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannsloven) av 22. juni 1962 nr.8

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr.26

1971 Lov om strafferegistrering (strafferegistreringsloven) av 11. juni 1971 nr.52

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr.51

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr.3

1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april 1988 nr.21

1991 Lov om statsforetak (statsforetaksloven) av 30. august 1991 nr. 71

1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr.100

1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr.107

1995 Lov om barnehager (barnehageloven) av 5. mai 1995 nr.19

1995 Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) av 12.mai 1995 nr.22

1995 Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr.53

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44

1998 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli 1998 nr.61

1999 Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64

2005 Lov om universiteter og høyskoler av 1. april 2005 nr. 15

2005 Lov om forbud mot diskriminering pga. etnisitet, religion mv.
(diskrimineringsloven) av 3. juni 2005 nr. 33

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av
17. juni 2005 nr.62

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr.
90

2005 lov om statens embets- og tjenestemenn m.m. av 17.juni 2005 nr.103
(Opphevet)

2005 Lov om opphevelse av lov 17.juni nr.13 om statens embets- og tjenestemenn
m.m. av 21.desember 2005 nr.136

7.6 FORARBEIDER

Ot. prp. nr. 38 (1915) Om lov om offentlige tjenestemænd

Ot. prp nr. 46 (1997-1998) Om lov om grunnskolen og den vidaregående
opplæringa (opplæringslova)

Ot. prp. nr. 67 (2004-2005) Om lov om statens embets- og tjenestemenn

Ot. prp. Nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

NOU-2001-4 Helseopplysninger i arbeidslivet

7.7 FORSKRIFTER, AVTALER OG REGLEMENT

FOR-1974-12-20-4 Forskrift om strafferegistrering

BLD-1998-07-17-622 Forskrift om særbehandling av menn

Hovedtariffavtalen i KS for tariffperioden 01.05.2006 - 30.08.2008
(kommuneforlaget)

Statens personalhåndbok 2007

7.8 HØYESTERETTSPRAKSIS

Rt-1933 s. 548 (Rådhusospitsdommen)

Rt-1951 s. 19

Rt-1957 s. 86

Rt-1965 s. 712 (Georges-dommen)

Rt-1968 s. 283

Rt-1973 s. 460

Rt 1976 s. 614 (Vaktmesterdommen)

Rt 1991 s. 1468

Rt-1992 s. 64 (P-pilledom II)

Rt-1995 s. 781

Rt 1998 s. 623

Rt-1999 s. 14

Rt-2002 s. 683

7.9 ANNEN NORSK RETTSPRAKSIS

NAD-1981-83-786 (Eidsivating Lagmannsrett)

NAD-1986-151 (Salten Herredsrett)

NAD-1986-654 (Horten Byrett)

NAD-1987-1075 (Eidsivating Lagmannsrett)

NAD-1988-1198 (Ringerike Herredsrett)

LB-1996-62 (Borgarting Lagmannsrett)

LB-1998-3504 (Borgarting Lagmannsrett)

LE-1994-720 (Eidsivating Lagmannsrett)

RG-1992-241 (Bergen Byrett)

RG-2001-1040 eller LH-2000-560 (Hålogaland Lagmannsrett)

7.10 SIVILOMBUDSMANNENS PRAKSIS

SOMB-1967-11
SOMB-1969-84
SOMB-1976-01
SOMB-1980-4
SOMB-1982-17
SOMB-1983-21
SOMB-1989-19
SOMB-1989-72
SOMB-1990-1
SOMB-1990-27
SOMB-1992-24
SOMB-1992-29
SOMB-1994-84
SOMB-1995-23
SOMB-1997-30
SOMB-1997-140
SOMB-1999-41
SOMB-2000-20
SOMB-2001-25
SOMB-2005-5
SOMB-2006-1632

7.11 ANDRE UTTALELSER

- Likestillingsombudet: Sak nummer 2000/083